



# TESIS DOCTORAL

## *El ejercicio del derecho a la libertad de conciencia del trabajador en la empresa privada: el acomodo razonable*

**Autor:**

**Belén Salanova Sánchez**

**Director:**

**Óscar Celador Angón**

**Tutor:**

**Óscar Celador Angón**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL, ECLESIAÍSTICO Y  
FILOSOFÍA DEL DERECHO**

***Getafe, junio, 2016***



“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y  
dotados como están de razón y conciencia deberán comportarse  
fraternalmente los unos con los otros.”  
(Artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos)



## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>11</b>
<b>CAPÍTULO 1: El acomodo razonable como garantía del derecho a la libertad de conciencia</b>	<b>21</b>
I. Consideraciones previas	22
II. Formación de la propia conciencia: formación dialógica	28
III. Diversidad: consecuencia de la libertad de conciencia	33
IV. El Pluralismo como principio superior	37
1. Consideraciones previas	37
2. Interculturalidad como sistema de gestión del pluralismo	43
V. Laicidad: marco del acomodo de las convicciones	48
1. Laicidad abierta v. laicismo	50
2. Dimensión antropológica de las convicciones: fuera/dentro	56
VI. La libertad de conciencia como objeto del acomodo razonable	62
1. Desde la perspectiva internacional: Observación General nº 22	65
2. Desde la perspectiva regional: Convenio Europeo de Derechos Humanos	67
3. Supuestos concretos ante el TEDH	71
4. Fundamentación de una protección especial en el ejercicio de la libertad de conciencia	75
VII. Post-secularidad: La conciencia individual	78
1. El desarrollo de la post-secularidad	83
2. Sinceridad de la convicción: la clave del acomodo razonable	85

<b>CAPÍTULO 2: El acomodo razonable como técnica de armonización</b>	<b>91</b>
I. Introducción	92
II. Prácticas de armonización de intereses en conflicto	93
III. El acomodo razonable como respuesta a la objeción de conciencia	100
1. Aplicabilidad directa de la objeción de conciencia	103
2. Ponderación y equilibrio de intereses	109
IV. Origen del concepto de acomodo razonable: origen jurisprudencial	114
1. Exportación del acomodo razonable	119
2. El margen de apreciación nacional	122
V. Presupuestos del acomodo razonable	129
1. Restricción efectiva o lesión del derecho a la libertad de conciencia	132
2. La existencia de una situación discriminatoria	139
3. Los límites del acomodo razonable	140
A) Límites funcionales	140
B) Límites jurídicos	144
VI. El acomodo razonable en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos	150
 <b>CAPÍTULO 3: La prohibición de discriminación por motivos de conciencia en el ámbito laboral</b>	 <b>157</b>
I. Introducción	159
II. La prohibición de discriminación entre particulares	164
1. Dimensiones constitucionales de la igualdad. La igualdad como valor superior	165
2. Igualdad formal e igualdad material	169
3. Sujeción de los particulares a la Constitución	172
4. La intangibilidad del derecho a no ser discriminado	175

5. Conflicto de derechos entre particulares. Igualdad v. libertad	178
6. Medidas positivas de <i>igualdad real</i> adoptadas por el empresario	186
III. Fundamentación de la obligación de acomodo razonable en la prohibición de discriminación	189
1. Naciones Unidas y la prohibición de discriminación por motivos de conciencia	190
1.I. La Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones	191
1.II. El Convenio nº 111 de la OIT.	194
2. La prohibición de discriminación por motivos de conciencia en el ámbito laboral: el Consejo de Europa.	196
2.I. El Protocolo Nº 12 al Convenio Europeo de Derechos Humanos	201
2.II. Recomendación Nº 14 de Política General de la ECRI	207
3. La prohibición de discriminación por motivos de conciencia en el ámbito laboral: la Unión Europea	212
3.I. La Directiva 2000/78/CE	214
A. Causa de justificación general	218
B. Causas de justificación específicas	219
<b>CAPÍTULO 4: El ejercicio del derecho a la libertad de conciencia del trabajador en la empresa ideológicamente neutral</b>	223
I. Introducción	225
II. Reinterpretación constitucional del Derecho laboral	228
III. Interiorización de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo	231
1. Autodeterminación individual en el contrato de trabajo	235
2. El convenio colectivo como instrumento para el acomodo razonable	239

<b>IV. Supuestos conflictivos durante el desarrollo de la vida laboral como consecuencia del ejercicio externo de la libertad de conciencia del trabajador</b>	<b>249</b>
<b>1. El momento de la contratación</b>	<b>249</b>
<b>1.1. Declaración sobre las propias creencias o convicciones y el derecho a la intimidad</b>	<b>254</b>
<b>A) Creencias religiosas y convicciones: datos sensibles</b>	<b>259</b>
<b>B) La buena fe del trabajador o del solicitante de trabajo</b>	<b>262</b>
<b>1.2. Justificación de la diferencia de trato no discriminatoria</b>	<b>266</b>
<b>2. Desarrollo y prestación de la actividad laboral</b>	<b>269</b>
<b>2.1. Uso de símbolos personales</b>	<b>274</b>
<b>A) Prendas simbólicas que cubren la cabeza</b>	<b>280</b>
<b>B) La apariencia física</b>	<b>288</b>
<b>2.2. Jornada laboral y festividades religiosas</b>	<b>292</b>
<b>A) La celebración de festividades religiosas por el trabajador y su prueba</b>	<b>299</b>
<b>B) Dos ejemplos jurisprudenciales del alcance de la obligación de acomodo razonable del descanso laboral del trabajador por motivos de conciencia</b>	<b>303</b>
<b>3. La extinción del contrato</b>	<b>310</b>
<b>3.1. Eweida y otros ante el TEDH. Hechos</b>	<b>313</b>
<b>3.2. La decisión de la Corte Europea</b>	<b>317</b>
 <b>CAPÍTULO 5: El ejercicio del derecho a la libertad de conciencia del trabajador en la <i>empresa de tendencia</i></b>	 <b>329</b>
<b>I. Introducción</b>	<b>330</b>
<b>II. Ejercicio colectivo del derecho a la libertad de conciencia</b>	<b>332</b>



III. La <i>organización de tendencia</i> como expresión del pluralismo	336
IV. Dos enfoques distintos: la <i>empresa de tendencia</i> y la <i>tarea de tendencia</i>	340
1. Concepto de <i>empresa de tendencia</i>	342
2. <i>Tarea de tendencia</i> v. <i>tarea neutra</i>	348
V. La cláusula de salvaguarda	353
VI. La <i>empresa de tendencia</i> : un supuesto especial de no discriminación	362
VII. Conflicto de derechos durante la vida de la relación laboral	368
1. Introducción	368
2. Nacimiento de la relación laboral	373
3. Desarrollo de la relación laboral	378
3.1. Deber general de respeto	379
3.2. Obligaciones específicas del <i>trabajador portador de Tendencia</i>	385
3.3. Obligaciones del <i>trabajador no portador de tendencia</i>	392
4. Extinción de la relación laboral: despido	394
VIII. Cambio ideológico del empresario en la <i>empresa de tendencia</i>	404
1. Cambio ideológico en la empresa de comunicación: la cláusula de conciencia del profesional de la información	410
2. Posibilidad de autotutela en el ejercicio del derecho a la cláusula de conciencia	415
<b>CONCLUSIONES</b>	419
<b>FUENTES</b>	451
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	453
<b>FUENTES NORMATIVAS Y DOCUMENTALES</b>	479
<b>1.- FUENTES NORMATIVAS</b>	479
<b>1.1. NORMATIVA ESPAÑOLA</b>	479

1.2. NORMATIVA INTERNACIONAL	481
1.3. NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA	482
1.4. NORMATIVA DEL CONSEJO DE EUROPA	482
1.5. OTRA NORMATIVA	483
2.- FUENTES DOCUMENTALES	485
3.- FUENTES JURISPRUDENCIALES	487
3.1. COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS	487
3.2. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS	487
3.3. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA	489
3.4. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	490
3.5. TRIBUNAL SUPREMO	494
3.6. OTRAS INSTANCIAS	494
3.7. JURISPRUDENCIA DE ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA	495
3.8. OTROS TRIBUNALES	495
ABREVIATURAS	497

## **INTRODUCCIÓN**

La clave de bóveda que sostiene sin duda este trabajo es una pieza tan etérea como primordial: la conciencia. Contribuir a garantizar el ejercicio del derecho a la libertad de conciencia y su efectividad, abriendo todas las facultades y potencialidades que este derecho implica, es el objetivo al que se dirige este trabajo; proponemos para ello incorporar una técnica jurídica novedosa para nuestra cultura jurídica: el acomodo razonable. El objetivo es estudiar y justificar la necesidad de introducir una obligación positiva general de acomodo razonable por motivos de conciencia en el ámbito laboral privado. Si bien, esta obligación respondería a una previsión positiva mayor de acomodo razonable por motivos de conciencia, siempre dentro de los límites legales, en todos los ámbitos, públicos o privados.

Se propone, en definitiva, trasladar a nuestro ordenamiento jurídico una técnica jurídica ampliamente trabajada e implantada como obligación legal en Canadá y que se integra en un sistema intercultural de gestión de la diversidad en el que la interrelación, en ocasiones problemática, que de forma natural se origina entre las distintas manifestaciones de convicciones, se encauza a través de las llamadas competencias interculturales, como las prácticas de armonización, entre ellas, el acomodo razonable, inspiradas en la búsqueda de la cohesión social en un entorno plural.

Una previsión legal de acomodo razonable conduce a tener una actitud preventiva y proactiva, y no sólo correctiva, de las colisiones de derechos que pueden generarse. En lugar de esperar a que se produzcan conflictos y buscar a posteriori las soluciones, se trata de adelantarse a los problemas estableciendo pautas y buenas prácticas, actuando a nivel casuístico e individual.

Convivir con el pluralismo de creencias y convicciones y, en general, con el pluralismo cultural, respetándolo y adaptándose al mismo, resolviendo las situaciones conflictivas que plantee desde el prisma de la protección de los derechos humanos, es una función coherente con la filosofía del Estado de Derecho. La calidad de una democracia se mide también por su capacidad de gestionar democráticamente su diversidad interna, lo que obviamente afecta a la pluralidad de cosmovisiones y creencias de los ciudadanos. La diversidad que genera el ejercicio de las libertades la consideramos un valor jurídicamente protegible, algo intrínsecamente positivo. Sin embargo, nuestros esquemas jurídicos y políticos tradicionales no han evolucionado con la misma rapidez que las transformaciones sociales, ni tampoco parecen responder siempre a la total protección que requieren las manifestaciones externas del derecho a la libertad de conciencia. Volver la mirada hacia modelos jurídicos ajenos al nuestro, estudiar otros modelos del Derecho comparado, analizar qué soluciones aportan para la protección de los derechos humanos y decidir si esas medidas son extrapolables a nuestro sistema jurídico contribuye no sólo a la protección sino también a la universalización de los derechos humanos.

Para abordar el tema central de este trabajo: el acomodo razonable por motivos de conciencia en el ámbito laboral privado, hemos realizado en primer lugar una aproximación teórica, sin ánimo de ser exhaustiva, a los tres pilares conceptuales sobre los que se asienta la tesis, dedicando un capítulo a cada uno de esos pilares: el derecho a la libertad de conciencia, la técnica, en sí misma considerada, del acomodo razonable y el derecho a la no discriminación.

El primer capítulo se dirige a clarificar el concepto de conciencia y, más concretamente, del derecho a la libertad de conciencia en cuanto a su contenido. ¿Qué es la conciencia? ¿Qué tipo de convicciones o cosmovisiones religiosas, filosóficas o seculares incluye este derecho? Y sobre todo, qué manifestaciones externas del ejercicio del derecho a la libertad de conciencia pueden encontrar amparo en ese mismo derecho y obtener un acomodo. Para determinar qué manifestaciones del citado derecho pueden obtener un acomodo razonable nos ha parecido imprescindible ahondar, por un lado, en el sentido de norma ética imperativa que tiene para el ser humano la conciencia, y, por otro lado, en la dimensión antropológica que las convicciones o cosmovisiones sinceras y profundas alcanzan; a su vez, esta dimensión se ha revelado como pieza trascendental para comprender por qué las manifestaciones o actos de ejercicio externo del derecho a la libertad de conciencia no pueden encerrarse dentro del armario ni relegarse a la esfera privada.

Rápidamente hemos constatado que el resultado inmediato del ejercicio de esta libertad no genera otra cosa sino diversidad. Pluralidad y diversidad de convicciones, creencias e ideas que desde el fuero interno pujan por salir al exterior y hacerse visibles. Ello nos ha conducido a abordar, sin solución de continuidad, la cuestión del marco jurídico pertinente en el que un Estado, neutral ante las convicciones de sus ciudadanos, debe gestionar esa diversidad y los conflictos de derechos que de ella puedan derivarse. Como exponemos a lo largo del capítulo, la visibilidad de las creencias favorece la integración cívica en lugar de obstaculizarla y contribuye al conocimiento y comprensión mutua, ya que permite que los ciudadanos puedan intercambiar entre ellos sus convicciones y cosmovisiones sin ocultar sus identidades. Por todo esto, defenderemos un sistema de laicidad abierta por ser el que mejor respeta los valores de libertad, igualdad y pluralismo, si bien, desde el primer momento contaremos con la férrea oposición que el sector laicista mantiene en la sociedad.

El segundo capítulo está enfocado a justificar la necesidad de positivizar una obligación genérica de acomodo razonable, para que éste sea una verdadera herramienta de integración y pueda responder efectivamente a la garantía del ejercicio externo del derecho a la libertad de conciencia. Desarrollaremos a lo largo del capítulo, y de todo el trabajo, la premisa de que el acomodo razonable debe recogerse en una norma imperativa para que sea real y eficaz. De nada le sirve al individuo saberse poseedor de un derecho si no tiene las garantías necesarias. Ubicaremos el acomodo razonable en su contexto jurídico político de origen, haremos referencia a la creación

jurisprudencial de su concepto y acudiremos frecuentemente para su estudio al informe de la Comisión Bouchard-Taylor. Partiendo de aquella premisa será necesario someter a un escrutinio riguroso la figura del acomodo razonable en sí mismo considerado, prestando especial atención a los presupuestos necesarios para que se pueda requerir un acomodo razonable por parte del titular que ve restringido o limitado su derecho y nos detendremos especialmente en los límites funcionales y jurídicos que puede encontrar el acomodo, puesto que, como se verá, la obligación de acomodo razonable es una obligación de medios y no de resultados, es decir, la obligación gira en torno al intento suficiente de acomodo no al resultado, puesto que éste puede verse obstaculizado por unos límites que no hacen razonable tal acomodo.

Por último, es interesante indicar, que en este capítulo también hemos trabajado la posibilidad de aplicar esta misma técnica jurídica del acomodo razonable para dar respuesta a los supuestos de objeción de conciencia, entendida ésta como una facultad que deriva directamente del derecho de libertad de conciencia. Fundamentalmente hemos puesto de relieve las ventajas y debilidades que podrían derivarse de esta posibilidad frente a la de una regulación general de la objeción de conciencia o frente a la de una regulación casuística de la misma.

En el tercer capítulo, y final de la primera parte, radica la búsqueda de la fundamentación teórico jurídica que podría tener una obligación positiva de acomodo razonable resultando que esa fundamentación no es otra que el derecho a no sufrir discriminación indirecta. En consecuencia nuestro objetivo

nos conduce a un estudio a fondo de este concepto jurídico. La tarea básica consistirá en romper con la idea de que el derecho a la igualdad y a la no discriminación exige uniformidad y homogeneidad en la aplicación de las normas y, de que cualquier adaptación de las mismas se traduce en privilegios. Al contrario, abundaremos en la idea de que la discriminación se origina, precisamente, por igualación en el trato ante circunstancias desiguales y, en este sentido, serán especialmente valiosas las sentencias del TEDH, sobre todo la recaída en el asunto *Thlimmenos contra Grecia* por ser la que acuña el concepto de discriminación por igualación.

El deber de acomodo razonable se concebiría como un elemento integrante del derecho a la igualdad: habría discriminación si previamente no se ha hecho un esfuerzo suficiente de acomodo. El acomodo razonable es, en el fondo, un mecanismo contra las discriminaciones indirectas no sólo de las minorías, sino también de las mayorías, y eso requiere como paso previo el reconocimiento de tales discriminaciones. En los casos de discriminación indirecta, el motivo por el que se aprecia la discriminación es la aplicación de la misma disposición o práctica a todas las personas, sin tener en cuenta las diferencias sustanciales originadas por unas convicciones religiosas o laicas. Para corregir y evitar este tipo de situaciones discriminatorias, los empleadores deben adoptar medidas especiales para ajustar sus prácticas con el fin de tener en cuenta estas diferencias. No es un régimen de excepciones o privilegios, sino de flexibilidad incorporada a la propia norma para evitar que ésta produzca efectos discriminatorios no buscados. Se trata, en consecuencia, de prever



modos flexibles de ejecutar la regla general. Es un modo de aceptar la diferencia dentro de las situaciones de trabajadores con distintas necesidades.

Una vez detectada la fundamentación jurídica de una obligación de acomodo razonable comprenderemos que la incorporación de la misma a nuestro ordenamiento legal no supone una creación *ex novo*, puesto que el concepto de discriminación directa e indirecta por motivos de conciencia se recoge expresamente en el artículo 2 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que prohíbe la discriminación por razones de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Aunando todas estas consideraciones nos preguntaremos además si se puede considerar o no esta obligación de acomodo razonable como una derivación de las funciones que el artículo 9.2. de la CE atribuye a los poderes públicos.

La segunda parte del trabajo trata específicamente de la aplicación de la figura del acomodo razonable en la actividad laboral en la empresa privada. Para abordar el tema de una forma más analítica, hemos considerado apropiado diferenciar la conflictividad que como consecuencia del ejercicio del derecho a la libertad de conciencia puede originarse en el seno de las empresas ideológicamente neutrales, de la que puede plantearse en el de las llamadas empresas de tendencia, y a ello se dedican los capítulos IV y V respectivamente. En los dos capítulos utilizaremos el mismo método, seguiremos el *iter* de la relación laboral desde el momento inmediatamente

anterior a su nacimiento, pasando por el desarrollo de la misma hasta su posible extinción, examinando paso a paso en qué supuestos y en qué condiciones puede requerirse un acomodo razonable por el trabajador y en cuáles no resultaría exigible por entrar en juego los límites del acomodo que puede exponer el empresario.

Asimismo, se ha estimado oportuno, por sobrepasar con mucho los límites de este trabajo y por tratarse de un campo de gran especificidad, el estudio del acomodo razonable dentro de la función pública y en el supuesto de los profesores de la asignatura de religión en los centros educativos públicos, siendo este último un supuesto especial de tendencia por las características singulares que lo definen, dado que prestan sus servicios en un centro público, en el que rige el principio de neutralidad y aconfesionalidad del Estado, pero previa la concesión de la correspondiente declaración de idoneidad por el Ordinario diocesano.

Por último destacaremos que la perspectiva que acompaña y guía el trabajo en todos sus apartados es una perspectiva eminentemente jurídica. Se han considerado todos los textos normativos internacionales y nacionales pertinentes para el tema, así como otros documentos internacionales de relevancia aunque no vinculantes; jurisprudencia y doctrina constitucional española; especialmente se han tratado sentencias tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como jurisprudencia de los tribunales de Estados Unidos y Canadá (las referencias a estos países son una constante, por existir en ellos una obligación legal de acomodo razonable); y por último se han

considerado las interpretaciones de la ley y de la jurisprudencia, y los estudios llevados a cabo por la doctrina científica más destacada en este campo; todo ello para terminar con una propuesta de *lege ferenda*: la conveniencia de introducir en una futura Ley Orgánica de Libertad de Conciencia una obligación positiva general de acomodo razonable para dar así plena efectividad y garantía al ejercicio del derecho a la libertad de conciencia.



## **El acomodo razonable como garantía del derecho a la libertad de conciencia**

**SUMARIO:** I. Consideraciones previas. II. Formación de la propia conciencia: formación dialógica. III. Diversidad: consecuencia de la libertad de conciencia. IV. El Pluralismo como principio superior. 1. Consideraciones previas. 2. Interculturalidad como sistema de gestión del pluralismo. V. Laicidad: marco del acomodo de las convicciones. 1. Laicidad abierta v. laicismo. 2. Dimensión antropológica de las convicciones: fuera/dentro. VI. La libertad de conciencia como objeto del acomodo razonable. 1. Desde la perspectiva internacional: Observación General n.º 22. 2. Desde la perspectiva regional: Convenio Europeo de Derechos Humanos. 3. Supuestos concretos ante el TEDH. 4. Fundamentación de una protección especial en el ejercicio de la libertad de conciencia. VII. Post-secularidad: La conciencia individual. 1. El desarrollo de la post-secularidad. 2. Sinceridad de la convicción: la clave del acomodo razonable.

## **I. CONSIDERACIONES PREVIAS**

Existe cierta forma de ser *humano* que constituye mi propia forma. Estoy destinado a vivir mi vida de esta forma, y no a imitación de la de ningún otro. El hecho de ser fiel a uno mismo tiene una gran importancia. Si no lo soy, pierdo de vista la clave de mi vida y lo que significa ser *humano* para mí. Esta idea atribuye una importancia moral crucial a una suerte de contacto con uno mismo, con la propia naturaleza interior, que se considera en peligro de perder, debido en parte a las presiones para ajustarse a la conformidad exterior, y en parte también porque al adoptar una posición instrumental consigo mismo, se puede perder la capacidad de escuchar esta voz interior. Esto hace aumentar la importancia de este contacto con uno mismo y se introduce para ello el principio de *originalidad*: cada una de nuestras voces tiene algo propio que decir. No sólo no debería plegar mi vida a las exigencias de la conformidad exterior; ni siquiera puedo encontrar fuera de mí el modelo conforme al que vivir. Sólo puedo encontrarlo en mi interior.<sup>1</sup>

Ser fiel a uno mismo significa ser fiel a la propia originalidad, y eso es algo que sólo yo puedo enunciar y descubrir. Al enunciarlo, me estoy definiendo a mí mismo. Estoy realizando un potencial que es en verdad el mío

---

<sup>1</sup> John-Stuart Mill sufrió la influencia de esta fuente del pensamiento romántico cuando hizo que algo como el ideal de autenticidad fuera la base de uno de sus más poderosos argumentos en *Sobre la libertad*. Véase especialmente el capítulo 3, donde arguye que necesitamos algo más que una capacidad de imitación simiesca: “Decimos que tiene carácter una persona cuyos deseos e impulsos son los suyos propios, son la expresión de su propia naturaleza como ha sido desarrollada y modificada por su propia cultura”. “Si una persona posee una cantidad tolerable de sentido común y de experiencia, su propio modo de llevar su existencia es el mejor, no porque sea el mejor en sí mismo, sino porque es el suyo propio.” STUART-MILL, J., *Sobre la libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 1997, cap. 3.

propio. En ello reside la comprensión del trasfondo del ideal moderno de *autenticidad*, y de las metas de autorrealización y desarrollo de uno mismo en las que habitualmente nos encerramos. Es el trasfondo que otorga fuerza moral a la cultura de la *autenticidad*. Es lo que da sentido a la idea de *hacer lo propio de cada uno o encontrar la forma de realizarse*.<sup>2</sup> Allí donde se realiza el ser humano tal como es, precisamente en ese mundo espiritual que le distingue de los demás seres creados. Ahí reside la centralidad del hombre, su capacidad de ser y de actuar. Ahí se encuentra la verdad, la verdad de cada hombre, las ideas y creencias de cada ser humano.<sup>3</sup>

Con estas palabras nos adentramos en el contenido del concepto *libre desarrollo de la personalidad* que nuestra norma suprema, art. 10.1. CE, proclama como uno de los fundamentos del orden político y de la paz social.<sup>4</sup> El libre desarrollo de la personalidad se fundamenta en la dignidad innata que al ser humano le atribuye su conciencia. La conciencia no deja de ser la expresión más elevada de la dignidad humana, del hombre en cuanto persona, un ser dotado de razón, con su propia unicidad e irrepetibilidad, y llama particularmente la atención que todos los ordenamientos jurídicos que reconocen la dignidad de la persona, contemplen también la atribución del derecho a la libertad de conciencia.

---

<sup>2</sup> TAYLOR, C., *La ética de la autenticidad*, Paidós, Barcelona, 1994, pp. 64-65.

<sup>3</sup> SOUTO PAZ, J. A. y SOUTO GALVÁN, C., *El derecho de libertad de creencias*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p.22.

<sup>4</sup> Art. 10.1 CE: "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social".

Cada ser humano tiene una preciosa facultad interna para indagar sobre las bases éticas de la vida y sobre su sentido último. A dicha facultad se la ha llamado *conciencia* (y dado que esta tradición ha sido muy influida por el estoicismo de la Antigüedad grecorromana, la idea de conciencia está emparentada con la idea estoica de un poder de elección moral). La conciencia está presente en todos los seres humanos y merece un profundo respeto y reverencia. Aun cuando se equivoque, es una de las fuentes más importantes de nuestra dignidad en el mundo, y por ello, debe ser respetada por los individuos y también por las leyes y las instituciones.<sup>5</sup> En este mismo sentido Llamazares Fernández define la conciencia como la suprema norma de conducta de la persona individual.<sup>6</sup> La conciencia es una percepción que le dicta al sujeto lo que debe hacer y no hacer, lo que es correcto y lo que no lo es, hasta el punto de que la coherencia entre convicciones de conciencia y conductas externas es justamente la base de la dignidad personal, entendida como merecimiento de respeto tanto de sí mismo como de los otros.<sup>7</sup>

La conciencia como fuente de comportamiento ético que nos exige actuar conforme a valores morales la plasma certeramente Kant. Kant afirma que todo hombre tiene conciencia moral y un juez interno le observa, le amenaza, le mantiene en el respeto, respeto unido al miedo, y este poder, que vela en él por las leyes, no es algo que él se forja arbitrariamente sino que está incorporado a su ser. Le sigue como una sombra cuando piensa escapar. Él

---

<sup>5</sup> NUSSBAUM, M., *Libertad de conciencia: el ataque a la igualdad de respeto*, Katz Editores, Madrid, 2011. Esta publicación reproduce la conferencia que tuvo lugar en el Centro de Cultura Contemporánea de Barcelona (CCCCB) el 28 de junio de 2010, p. 23.

<sup>6</sup> LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., “La objeción de conciencia y la construcción científica del Derecho eclesiástico del Estado”, en *Objeción de conciencia. Actas del VI Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, Valencia, 1993, p. 18.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 11.



puede ciertamente aturdirse con placeres y diversiones, pero no puede evitar volver en sí o despertar tan pronto como oye su terrible voz. El hombre puede llegar a su extrema depravación hasta no hacerle ningún caso, sin embargo, no puede dejar de oírla.<sup>8</sup>

Aunando esta idea de conciencia con la de la *originalidad* de cada individuo, podemos entender la conciencia como la causa singular que conforma las decisiones libres de cada ser individual en un momento determinado. La conciencia es el órgano de conformación ética del propio ser. Es un fenómeno esencialmente personal; no es un saber teórico moral, ni un órgano de conocimiento de un orden ético trascendente o de un sistema de valores intemporal, tal como se presumió que lo era en la tradición cristiana la *syneidesis* o la *conscientia*. En la significación actual la conciencia es un enfrentamiento del yo consigo mismo en busca de su *autenticidad*. El sujeto de la conciencia no es el *homo noumenon*, es decir, el hombre en general kantiano, ni es tampoco el sujeto del racionalismo, o sea, lo que queda al individuo cuando se ha abstraído de él todo lo que tiene de común con los demás hombres: el sujeto de la conciencia es el hombre en su realidad concreta, en lo que sólo es él y no lo que tiene en común con los demás. Por ello, la situación que provoca el juicio de conciencia es también una situación concreta e irrepetible, una constelación de fines, intereses, supuestos, implicaciones, caracterizada precisamente por su unicidad. Sólo relacionando la individualidad concreta del sujeto y la singularidad concreta de la situación es

---

<sup>8</sup> Vid. KANT, I., *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 2005.

posible entender en su verdadera dimensión el fenómeno de la conciencia: la decisión de una existencia en un momento determinado.<sup>9</sup>

Esta singularidad de la conciencia de cada ser requiere, sin duda, libertad. La conciencia es esencialmente libre. Ese es el milagro sobre el que se asienta la dignidad de la persona, constituida por dos elementos inseparables, la conciencia y la libertad. Ese es el dato primario de la conciencia: su libertad; la libertad de la persona, del yo, para responder a los estímulos externos pudiendo elegir entre diversas alternativas, sopesando las ventajas e inconvenientes de unas y otras desde la perspectiva del libre desarrollo de su personalidad hacia ese modelo utópico ideal de persona. Es el ejercicio de esa libertad de conciencia lo que le llevará a la persona a percibirse identificado con una serie de convicciones, creencias e ideas que, no sólo le describen a sí mismo en el marco de su universo, sino que, al mismo tiempo, le identifican como sujeto activo de sus conductas y de las razones de sus elecciones entre las distintas alternativas posibles. La corrección o incorrección de esas conductas será percibida por la persona por referencia al modelo al que ha de asemejarse en su libre desarrollo. Ese será el punto de referencia moral. Considerará correctas o incorrectas sus actitudes, decisiones y conductas según que se acomoden o no a sus convicciones, creencias e ideales más profundos, expresión de ese modelo referencial de persona.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> SOUTO PAZ, J. A. y SOUTO GALVÁN, C., *El derecho de libertad de creencias*, op. cit., p. 130.

<sup>10</sup> LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., “Bioética, moral pública y derecho”, en *Teoría de la justicia y derechos fundamentales. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces Barba*, vol. III, Dykinson, Madrid, 2008, p. 775.

La autonomía y la dignidad son citadas frecuentemente como dos elementos centrales del agente moral. El discurso moral presupone que los participantes son autónomos a la hora de tomar sus decisiones, y para algunos autores, como es el caso de Kant, la autonomía es el fundamento de la dignidad humana.<sup>11</sup> Si los individuos son susceptibles de ser fines en sí mismos es porque tienen una capacidad de la que carecen el resto de criaturas, y esta capacidad es la de la autodeterminación. Este es el punto de vista de Peces-Barba. La vinculación de la dignidad con la idea de autonomía tiene dos momentos, y ambos forman parte del concepto que estamos analizando. En uno, autonomía significa capacidad de elección, libertad psicológica. En el segundo momento, autonomía significa libertad o independencia moral. La situación del hombre que sigue las reglas que él mismo se ha dado como consecuencia del ejercicio de la libertad de elección.<sup>12</sup>

La moral en cuanto está fundada sobre el concepto del hombre como un ser libre que por el hecho mismo de ser libre se liga él mismo por su razón a leyes incondicionadas, no necesita ni de la idea de otro ser por encima del hombre para conocer el deber propio ni de otro motivo impulsor que la ley misma para observarlo. Al menos es propia culpa del hombre si en él se encuentra una necesidad semejante, a la que además no se le puede poner remedio mediante ninguna otra cosa; porque lo que no procede de él mismo y de su libertad no da ninguna reparación para la deficiencia de su moralidad. Así pues, la Moral por causa de ella misma [...] no necesita en modo alguno de la

---

<sup>11</sup> Vid. KANT, I., *La metafísica de las costumbres*, op. cit.

<sup>12</sup> PECES-BARBA, G., *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 65-66.

Religión sino que se basta a sí misma en virtud de la Razón pura práctica.<sup>13</sup> De esta manera, Kant concluye con la afirmación, en tono solemne, de que la autonomía es el principio supremo de la moralidad y fundamento de la dignidad del hombre.

## **II. FORMACIÓN DE LA PROPIA CONCIENCIA: FORMACIÓN DIALÓGICA**

La libertad de las personas de elegir su propia cultura, de formar su propia identidad sobre el sostén de la propia conciencia es fundamental; es un aspecto central de los derechos humanos. Así lo recoge el Libro Blanco sobre el diálogo intercultural. Todas las personas, simultáneamente o en distintas fases de su vida, pueden adherirse a diferentes sistemas de referencias culturales. Aunque cada persona es, en cierta medida, producto de su patrimonio y sus orígenes sociales, en las democracias modernas contemporáneas, todas las personas pueden enriquecer su identidad, optando por pertenecer a múltiples sistemas culturales. No se debería confinar a nadie, contra su voluntad, a un grupo, una comunidad, un sistema de pensamiento o una visión del mundo particulares; por el contrario, cada persona debería ser libre de renunciar a sus convicciones del pasado y de tomar nuevas decisiones, siempre y cuando éstas sean coherentes con los valores universales de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho. La apertura y el intercambio recíprocos son dos componentes de la adhesión a múltiples culturas. Ambos constituyen las reglas de coexistencia entre las personas y los

---

<sup>13</sup> KANT, I., *La religión dentro de los límites de la mera Razón*, Alianza Editorial, Madrid, 1986, p. 19.

grupos, que son libres de practicar las culturas que elijan, a condición, únicamente, de que respeten a los demás.<sup>14</sup>

Respecto al derecho de formación de la conciencia aunque no existe una positivación del mismo, (lo que carece de importancia si entendemos que aquel está englobado en el derecho de libertad de conciencia, en este sentido, Martín Sánchez<sup>15</sup> amplía la noción de libertad de conciencia como *derecho a la formación de la conciencia* y la sitúa como presupuesto de la libertad religiosa, la libertad ideológica y la libertad de pensamiento), su tutela requeriría un derecho a la educación y a la enseñanza verdaderamente plural.<sup>16</sup> En esta línea, el citado Libro Blanco sobre el Diálogo Intercultural insiste en la importancia de una educación intercultural que incluya la dimensión religiosa. El Estado liberal defiende el principio según el cual los individuos son considerados agentes morales autónomos, libres de definir su propia idea de una vida plena. El Estado favorecerá, por ejemplo, el desarrollo de la autonomía crítica de los alumnos en los colegios. Fomentando el desarrollo de la autonomía y exponiendo a los escolares a distintas visiones del mundo y de las formas de vida, el Estado democrático y liberal hace la tarea más difícil a los padres que intentan transmitir un universo particular de creencias a sus hijos y, aún más, a los grupos que desean sustraerse a la influencia de la sociedad mayoritaria para perpetuar un estilo de vida basado más en el respeto

---

<sup>14</sup> *Libro Blanco sobre el Diálogo Intercultural. Vivir juntos con igual dignidad*, Consejo de Europa, Comité de Ministros, Estrasburgo, 2008, cap. 3.2.

<sup>15</sup> MARTÍN SÁNCHEZ, I., "El derecho a la formación de la conciencia y sus garantías constitucionales en el ordenamiento jurídico español", en *Il Diritto Ecclesiastico*, vol. II, Giuffrè Editore, 1999, pp. 459-462.

<sup>16</sup> ACUÑA GUIROLA, S., "La libertad de conciencia y el poder público", en *RGDCDEE*, nº 34, Iustel.com, 2014, p. 10.

a las tradiciones que en la autonomía individual y el ejercicio de la opinión crítica.<sup>17</sup>

Formar la propia conciencia, entendido en sentido amplio, como derecho a la formación de la propia identidad, no se limita al derecho a ingresar en una organización religiosa o ideológica; se trata de algo más profundo que una afiliación o militancia en una organización. La libertad garantizada es una libertad individual, personal e intransferible que permite al sujeto optar por una determinada cosmovisión, proceder a su elaboración personal y, por supuesto, modificar o cambiar esta concepción como resultado de su propia evolución personal.<sup>18</sup> La libertad de conciencia reconoce la facultad del individuo de crear sus propias convicciones, creencias o ideas y guiarse por ellas. Como consecuencia, también estará reconocida la elección de las creencias que conformarán esas convicciones, porque los principios no pueden venir impuestos, para tener libertad de pensar y decidir no se necesita ningún texto jurídico. Únicamente el hombre es capaz de reflexionar sobre sí mismo, lo que le permite objetivar el mundo e intentar transformarlo.<sup>19</sup> Generar convicciones propias implica establecer mi identidad moral. Por convicciones o compromisos fundamentales entendemos las razones, valoraciones o motivos que encontramos en el origen de las ideas del mundo y del bien, adoptadas por los individuos y que les permiten comprender el mundo que les rodea y dar un sentido y un rumbo a su vida. Dotándose de estos valores, jerarquizándolos o conciliándolos y precisando los proyectos que se derivan de ellos es como los

---

<sup>17</sup> MACLURE, J. y TAYLOR, C., *Laicidad y libertad de conciencia*, Alianza Editorial, Madrid, 2011, p. 28.

<sup>18</sup> SOUTO PAZ, J. A. y SOUTO GALVÁN, C., *El derecho de libertad de creencias*, *op. cit.*, p. 77.

<sup>19</sup> ACUÑA GUIROLA, S., "La libertad de conciencia y el poder público", en *RGDCDEE*, nº 34, *op. cit.*, p. 13.

seres humanos consiguen estructurar su existencia, poner en práctica sus opiniones y guiar su conducta, es decir, establecer una identidad moral.<sup>20</sup>

La autorrealización personal propia de la *autenticidad* no debe, sin embargo, desconocer el hecho de que el rasgo general de la vida humana es el de su carácter fundamentalmente dialógico y, por tanto, también la formación de mi identidad y de mi conciencia es algo dialógico. Dicho de otro modo, sólo puedo definir mi identidad contra el trasfondo de aquellas cosas que tienen importancia. Poner entre paréntesis la historia, la naturaleza, la sociedad, las exigencias de la solidaridad..., todo salvo lo que encuentro en mí, significaría eliminar a todos los candidatos que pugnan por lo que tiene importancia. La autenticidad no es enemiga de las exigencias que emanan de más allá del yo; presupone esas exigencias.<sup>21</sup>

La concepción única, autocreadora y creativa de los seres humanos no debe confundirse con un cuadro de individuos “atomistas” que crean su identidad de *novus* y buscan sus propios fines aparte de los demás. Parte de la unicidad de las personas resulta del modo en que integran, reflejan y modifican su propia herencia cultural y la de aquellos con quienes entran en contacto. La identidad humana se crea dialógicamente en respuesta a nuestras relaciones, e incluye nuestros diálogos reales con los demás.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> MACLURE, J. I. y TAYLOR, C., *Laicidad y libertad de conciencia*, op. cit., p. 25.

<sup>21</sup> TAYLOR, C., *La ética de la autenticidad*, op. cit., pp. 75-76.

<sup>22</sup> TAYLOR, C., *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1993, p. 6.

Para la percepción y la formación de la propia conciencia, el individuo no sólo debe lograr el conocimiento de sí mismo, sino también ha de enfrentarse a los condicionamientos, tanto internos como externos que ineludiblemente se le presentan, y luchar, figuradamente, con ellos en pro de dicha consecución. De lo contrario, si ese proceso no lo realiza, no podrá ni pedir que se le respete, ni respetar a los demás, ni actuar con justicia, que en definitiva es la base de la unicidad de la humanidad.

Por otro lado, tampoco la persona es absolutamente libre en el ejercicio de sus determinaciones de conciencia. Hay que tener en cuenta que si se le dejase actuar siempre según los dictados de su conciencia, ello podría llegar a ser una situación de relativismo absoluto en el cual todo vale, dando lugar a un desconocimiento de los valores mínimos que deben informar cualquier sociedad.<sup>23</sup> No podemos olvidar que tanto el bien común como el particular se complementan, y que es necesario que exista un vínculo entre los hombres que les permita respetarse. Nos encontramos aquí en el corazón del derecho a la libertad de conciencia, en el lugar donde confluye la exigencia de proteger un ámbito fundamental de la autonomía individual en los sistemas democráticos y, paradójicamente, la necesidad de restringirlo justamente en aras del funcionamiento del propio sistema. Si la conciencia es el encuentro consigo mismo, el Derecho es el encuentro con los demás.

---

<sup>23</sup> ACUÑA GUIROLA, S., “La libertad de conciencia y el poder público”, en *RGDCDEE*, nº 34, *op. cit.*, p. 9.



### III. DIVERSIDAD: CONSECUENCIA DE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA

Como subraya Rawls, no debe sorprendernos que, en sociedades que fomentan el desarrollo de las facultades racionales de las personas y que se dotan de instituciones para proteger la libertad de pensamiento, de conciencia y expresión, los individuos adopten conceptos distintos de lo que es una vida que merece la pena vivirse.<sup>24</sup> El ejercicio del derecho a la libertad de conciencia genera inmediatamente diversidad de cosmovisiones, convicciones y de sistemas morales.

El pluralismo moral se refiere al hecho de que los individuos adoptan conceptos del bien y sistemas de valores diferentes y a veces incompatibles. Si el pluralismo moral es una de las preocupaciones centrales de la filosofía política contemporánea es porque se encuentra en el origen de las diferencias más profundas y complejas entre los ciudadanos. Las discrepancias en materia de avances científicos en el campo de la genética, de la enseñanza de la religión en la escuela o de la intervención del Estado en la economía se arraigan, la mayor parte de las veces, en conceptos del ser humano o en esquemas de valores divergentes.<sup>25</sup>

Las personas, conforme a su libertad de conciencia, adoptan muchas posturas y toman muchas decisiones con las que no estoy de acuerdo, y es de

---

<sup>24</sup> RAWLS, J., *El liberalismo político*, Crítica, Barcelona, 2004, p. 13.

<sup>25</sup> MACLURE, J. I. y TAYLOR, C., *Laicidad y libertad de conciencia*, op. cit., p. 22.

eso de lo que se trata cuando se vive en una democracia: respetar el derecho de las personas a elegir estilos de vida con los que no estoy de acuerdo. (...). Las personas buscan maneras distintas de darle un sentido a la vida. Y dado que eso es muy difícil, dejémoslas que lo hagan a su manera.<sup>26</sup>

Ello implica que en cualquier sociedad democrática, donde coexisten diversas religiones o convicciones en la población, donde hay personas con creencias religiosas y sin ellas, el Estado debe conciliar los intereses legítimos de los diversos grupos y personas y convertirse en el garante del respeto mutuo. Porque no solamente coexisten diversas religiones o convicciones; sucede también que todas ellas se consideran en posesión de la verdad y minusvaloran a las otras por contener lagunas, insuficiencias y errores sobre las verdades divinas, sobre la persona humana y sobre las concepciones del mundo.<sup>27</sup> Ninguna de esas morales participadas sólo por determinados sectores de la ciudadanía puede convertirse en parámetro para juzgar sobre la justicia o injusticia de las decisiones de los poderes públicos. Hay que distinguir dentro de la pluralidad de morales existentes en una sociedad, morales autónomas y heterónomas, laicas y religiosas. Ninguna de ellas puede imponerse como obligatoria para todos en una sociedad democrática, por mayoritaria que sea, porque eso entrañaría inexorablemente la violación de la libertad de conciencia o de las minorías.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> NUSSBAUM, M., *Libertad de conciencia: el ataque a la igualdad de respeto*, op. cit., p. 81.

<sup>27</sup> CHUECA SANCHO, A., “El derecho humano a la libertad de religión y convicciones en una Europa intercultural”, en *Teoría de la justicia y derechos fundamentales. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces Barba*, vol. III, (Fernández García, E. et al.), Dykinson, Madrid, 2008, p. 302.

<sup>28</sup> STC 24/1982, de 13 de mayo, FJ 1, par. 1.

Desde esta base puede recordarse que la única fórmula para establecer una convivencia entre diversas religiones y convicciones se cifra en el RESPETO, RESPETO Y... RESPETO. Si ese respeto surge mutuamente entre ellas sin ninguna influencia exterior, mejor que mejor; si no surge, el Estado debe imponerlo, en aras a mantener una sociedad democrática.<sup>29</sup>

El respeto mutuo que debe regir necesariamente la diversidad sirve de apoyo para la construcción de una moral común. Es pensable una moral común, derivada de los valores superiores y fundamentales del ordenamiento, con fuente en la dignidad de la persona y de los derechos que le son inherentes, resultado del consenso y parte del contenido del pacto constitucional que, además, incluya las normas comunes a todos los códigos morales en presencia. La convivencia pacífica exige ese mínimo consenso; sin él es imposible una convivencia que haga posible una vida humana digna.<sup>30</sup>

Dada esta base de la moral pública dentro de una determinada comunidad de convivencia, es evidente que participa de la utopía de la ética universal que se apoya en esos mismos valores y en ese mismo consenso. Esa es la esperanzadora y fascinante ventana abierta por el art. 10.2. de nuestra Constitución.<sup>31</sup> A eso justamente es a lo que llama el TC moral pública para distinguirla de todas las otras morales privadas, sean laicas o religiosas. La definición que el Alto Tribunal da de ella, si tomamos los elementos definitorios

---

<sup>29</sup> CHUECA SANCHO, A., “El derecho humano a la libertad de religión y convicciones en una Europa intercultural”, en *Teoría de la justicia y derechos fundamentales. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces Barba*, op. cit., p. 317.

<sup>30</sup> KÜNG, H., *Proyecto de una Ética mundial*, Trotta, Madrid, 2006, p. 46.

<sup>31</sup> LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., “Bioética, moral pública y derecho”, en *Teoría de la justicia y derechos fundamentales. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces Barba*, op. cit., p. 777.

que aporta, es bien precisa: “Mínimo común ético acogido por el Derecho, en una sociedad determinada en un momento histórico determinado”.<sup>32</sup>

La unidad de la comunidad política se basa en la adhesión de los ciudadanos a principios políticos compartidos, a pesar de sus divergencias sobre los motivos profundos. Una sociedad de ese tipo no sólo es consciente de que su unidad no se encuentra en la unanimidad sobre el sentido y los objetivos de la existencia, sino también de que cualquier tentativa que forzase esa uniformidad acarrearía consecuencias devastadoras para la paz social.<sup>33</sup>

Esta idea, que Rawls denomina *consenso entrecruzado*, permite que personas de convicciones religiosas, metafísicas y seculares muy diversas puedan compartir y afirmar estos valores constitutivos. A menudo llegan a ellos por vías muy diferentes, pero están de acuerdo en defenderlos. Todas estas personas coinciden en el principio, pero no se ponen de acuerdo sobre las razones que lo justifican. El reto de las sociedades contemporáneas es hacer que estas personas, desde su punto de vista, puedan llegar a considerar legítimos los principios básicos de la asociación política. En consecuencia, el Estado que se identificara con estos principios políticos comunes no podría adoptar ninguno de los compromisos fundamentales o convicciones fundamentales, que son múltiples y a veces difícilmente conciliables, que adoptan los ciudadanos. Lo fundamental es que los ciudadanos coincidan, partiendo de su propia perspectiva, en un conjunto de principios comunes capaces de garantizar la cooperación social y la estabilidad política. La

---

<sup>32</sup> STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 3.B; FJ 5, par. 5 y FJ 7.A, par. 2.

<sup>33</sup> RAWLS, J. *El liberalismo político*, op. cit., pp. 14 y 61-66.

convivencia se apoyará entonces no en el equivalente secular de una doctrina religiosa, sino en el conjunto de valores y principios que pueden dar lugar a un consenso por entrecruzamiento. Estos valores públicos comunes garantizarían la igualdad moral de los ciudadanos de manera que todos pudieran, en principio, abrazar las líneas maestras del Estado a partir de sus propios conceptos del mundo y del bien.<sup>34</sup>

El ideal de una sociedad en la que los ciudadanos lleguen a un *consenso entrecruzado* sobre los principios políticos de base, a pesar del hecho de que se rijan por diferentes conceptos de lo que es una vida feliz ha aparecido recientemente en la historia. Este modelo se desmarca claramente del tipo de sociedad en la que el germen de la unidad social se encuentra en la religión común y en el consenso respecto al sentido y los fines últimos de la vida.

## **IV. EL PLURALISMO COMO PRINCIPIO SUPERIOR**

### **IV. 1. Consideraciones previas**

Hay que resaltar que desde una perspectiva plenamente respetuosa con los derechos humanos, empezando por las esferas más íntimas de la libertad individual y colectiva, es el pluralismo, y no la uniformidad, el estado natural y sano de cualquier sociedad democrática.

---

<sup>34</sup> MACLURE, J. I. y TAYLOR, C., *Laicidad y libertad de conciencia*, op. cit., pp. 24-29.

No debe sorprender que el pluralismo sea elevado a la categoría de principio superior de nuestro ordenamiento por el art. 1.1. CE, ni que nuestro Tribunal Constitucional haya considerado el ejercicio del derecho a la libertad de conciencia como la fuente de ese pluralismo; también, claro está, del pluralismo moral. El pluralismo, también el pluralismo moral, no sólo no es un antivalor, sino que nuestra Constitución lo considera como uno de los valores superiores del ordenamiento como *conditio sine qua non* de la propia libertad de conciencia y resultado de su ejercicio. El pluralismo es simultáneamente ambas cosas: origen y *conditio sine qua non* de la libertad de conciencia.<sup>35</sup>

Parte de nuestra doctrina eclesialista, a la que seguimos, habla así, de pluralismo religioso como valor o principio. En el Derecho Eclesiástico español, como es sabido, decimos que los principios informadores son criterios que hacen la función de informar e interpretar, e incluso de integrar la actividad legislativa para que constituya un conjunto coherente.<sup>36</sup> En este caso resulta un sistema político que protege el pluralismo religioso y no sólo la libertad religiosa como derecho fundamental. El modelo pluralista es aquel que valora positivamente y protege el hecho mismo de la pluralidad ideológica y cultural, considerándolo como un elemento enriquecedor que hace posible o facilita el ejercicio de las libertades.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., “Bioética, moral pública y derecho”, en *Teoría de la justicia y derechos fundamentales. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces Barba*, op. cit., p. 775.

<sup>36</sup> GUTIÉRREZ DEL MORAL, M. J., “¿Interculturalidad, multiculturalidad o simplemente pluralismo religioso?”, en *RGDCDEE* nº 27, Iustel.com, 2011.

<sup>37</sup> PRIETO SANCHÍS, L., “Principios constitucionales del Derecho Eclesiástico español”, en *Manual de Derecho Eclesiástico*, Ibán, I. C., Prieto Sanchís, L. y Motilla, A. (autores), Trotta, Madrid, 2004, p. 34.

Como consecuencias jurídicas de este principio de pluralismo religioso, Prieto Sanchís expone que el Estado no puede alterar el pluralismo natural nacido del ejercicio de la libertad religiosa por parte de los individuos y de los grupos, si bien podría establecer ciertos criterios correctores a fin de preservar el modelo pluralista. Por otra parte, el Estado debería evitar o paliar las tendencias monopolistas u oligárquicas que aun surgiendo de la libertad de los sujetos privados, terminarían limitando esa misma libertad. El pluralismo vendría a proteger preferentemente a las minorías, ya que éstas siempre tendrán más dificultades para conseguir el mismo estatus que la religión mayoritaria. El pluralismo obliga al Estado a intervenir a fin de que la oferta de estos servicios resulte globalmente plural.<sup>38</sup>

Las creencias que la CE en su art. 16.3. obliga a los poderes públicos a tener en cuenta son todas. No unas más que otras, por lo que no habría que tener en cuenta datos sociológicos o históricos para dar un trato diferente, Polo Sabau considera que el argumento de la tradición histórica no puede justificar disposiciones de dudoso encaje en el sistema constitucional de derechos y libertades, ya que en tal caso se estaría provocando el desamparo y la desigualdad de las confesiones minoritarias.<sup>39</sup> ¿Pueden, por más tiempo mantenerse invisibles y marginados tantos millones de personas que en ejercicio de su libertad individual y de conciencia practican otros credos y morales diferentes de la católica?<sup>40</sup> El término Democracia no puede asumirse

---

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>39</sup> POLO SABAU, J. R., *¿Derecho Eclesiástico del Estado o libertades públicas?*, Universidad de Málaga, Málaga, 2002, p. 179.

<sup>40</sup> MAYORAL CORTÉS, V., “Libertad religiosa y laicidad: los límites del modelo”, en *La nueva realidad religiosa española. 25 años de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2006, p. 249.

por más tiempo como una mera aplicación matemática de la regla de la mayoría en el seno de un espacio previamente delimitado, sino como la aplicación profunda de unos valores de convivencia y respeto a los derechos humanos más elementales.<sup>41</sup>

Hay una postura doctrinal que ante la relevancia del pluralismo extrae mayores conclusiones: no se conforma con garantizar el pluralismo político, ni con estimar relevante el pluralismo religioso, sino que entiende necesario promocionar este último y, en consecuencia, garantizar la igualdad *ab initio*.<sup>42</sup>

Para López Sidro-López, la transposición de las exigencias estructurales políticas a las manifestaciones sociales es una inclinación frecuente. Como es sabido, la Constitución propugna el pluralismo político, artículo 1.1., pero no recoge expresamente el religioso. Y al margen de mayores precisiones semánticas que cupiera establecer en la lengua española a la hora de distinguir entre pluralidad, hecho social, y pluralismo, dimensión ideológica del hecho social, principio político y jurídico, lo cierto es que esa promoción del pluralismo religioso lo eleva hasta el plano de los principios informadores del Derecho Eclesiástico del Estado.<sup>43</sup> De acuerdo con esta última interpretación resulta razonable que, en el mercado de ideas y creencias,<sup>44</sup> el Estado se autoimponga en pro de la libertad una obligación

---

<sup>41</sup> BOUCHARD, G. y TAYLOR, C., *Construir el futuro. El tiempo de la reconciliación*, Ikuspegi, Guipúzcoa, 2010, p. 9.

<sup>42</sup> Con carácter general, se refiere a esta igualdad sustancial POLO SABAU, J. R., *¿Derecho Eclesiástico del Estado o libertades públicas?*, *op. cit.*, pp. 137 y ss.

<sup>43</sup> LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, A. y PALOMINO LOZANO, R., “¿Cabe la discriminación positiva en relación con el factor religioso?”, en *RGDCDEE*, nº 25, Iustel.com, 2011, p. 5.

<sup>44</sup> La metáfora del libre mercado de ideas y creencias proviene, como es sabido, de Oliver Wendell Holmes en la sentencia *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919). A su vez, el antecedente de Holmes podría localizarse en la obra de John Stuart Mill, *Sobre la libertad*, de 1859. Sobre la



abstencionista. Se trata del principio de aconfesionalidad, laicidad o neutralidad ideológica. Sin embargo, no parece tan clara, y tan congruente con la libertad, la legitimidad de la intervención del Estado en el libre mercado de ideas y creencias con el fin de fortalecer y privilegiar al competidor débil y aminorar la influencia de otro actor económico más fuerte. De ahí la perplejidad que genera, a pesar de todo, llevar el pretendido principio de pluralismo religioso a sus consecuencias más radicales: El pluralismo, en efecto, no puede llegar a impedir el éxito social de una opción ideológica o religiosa en aras de la preservación de un modelo plural, pues ello lesionaría la libertad de los individuos. Como, asimismo, tampoco interferir en la vida de las confesiones, procurando determinar su peso o importancia a fin de asegurar ese marco pluralista, pues tal conducta representaría una actitud jurisdiccionalista incompatible con el Estado laico.<sup>45</sup>

Consideramos, sin embargo, que el principio de igualdad, al conjugarse el artículo 14 CE con el 9.2 CE, se manifiesta en dos actuaciones de los poderes públicos de distinta naturaleza, positiva y negativa, lo que daría lugar a actividades mediante las cuales el Estado se plantearía la superación de desigualdades o desventajas de grupos concretos presentes en la sociedad; para ello se tendrían que adoptar medidas de discriminación positiva que no

---

comparación entre el libre mercado de bienes y servicios y el mercado de ideas y creencias, pueden verse las distintas posturas que adopta la doctrina constitucionalista americana en GARVEY, J. y SCHAUER, F., *The First Amendment: A Reader*, West Academic Publishing, 2ª ed., St. Paul, 2005, pp. 57-81.

<sup>45</sup> LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, A. y PALOMINO LOZANO, R., “¿Cabe la discriminación positiva en relación con el factor religioso?”, *op. cit.*, p. 7.

serían contrarias al principio de igualdad consagrado en nuestro ordenamiento.<sup>46</sup>

En virtud del principio de igualdad material, el Estado puede ejercer una discriminación positiva hacia las minorías.<sup>47</sup> La neutralidad ante el pluralismo descarta en todo caso y en términos absolutos la discriminación negativa, pero no la positiva. Así, estaría justificado que el Estado promoviese los valores identitarios de raíz religiosa de las minorías, por su permanente riesgo de ser sujetos pasivos de discriminación negativa por la mayoría dominante.<sup>48</sup> La eventual existencia de este tipo de acciones no es incompatible con las exigencias del artículo 14. de la Constitución, sobre todo a la luz de las obligaciones que, sobre los poderes públicos, hace recaer el artículo 9.2. del mismo texto constitucional, en tal sentido, el Tribunal Constitucional español ha señalado: "La incidencia del mandato contenido en el art. 9.2., el que, en cuanto se dirige a los poderes públicos, encierra el art. 14, supone una modulación de este último, en el sentido, por ejemplo, de que no podrá reputarse discriminatoria y constitucionalmente prohibida, antes al contrario, la acción favorecedora, siquiera temporal, que aquellos poderes emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente preteridos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial".<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> CONTRERAS MAZARÍO, J. M., "Marco jurídico del factor religioso en España", en *Arraigados. Minorías religiosas en la Comunidad de Madrid*, (López García, B. et al.), Icaria, Barcelona, 2007, pp. 270-271.

<sup>47</sup> LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia I. Libertad de conciencia y laicidad*, 3ª ed., Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 187.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 354.

<sup>49</sup> STC 216/1991, de 14 de noviembre, FJ 5. Sobre la jurisprudencia constitucional en este tema, DURÁN LALAGUNA, P., "Discriminación Positiva o Acciones Positivas", en *Persona y Derecho*, nº 54, 2006, pp. 151 y ss.

## IV. 2. Interculturalidad como sistema de gestión del pluralismo

Aceptada y reconocida la necesaria realidad plural de nuestra sociedad es imprescindible elegir un sistema para la gestión de la misma.

Hemos de optar por un modelo que respete los valores sociales esenciales, los derechos humanos y las libertades fundamentales, y la paz y el bienestar social, sin discriminaciones. Esos son los pilares básicos e irrenunciables. En este caso, el interculturalismo o modelo intercultural parece el más enriquecedor para la sociedad en general, además de para las diferentes comunidades religiosas que conviven en un mismo territorio o Estado, por basarse en la interrelación. En esa convivencia compartida los grupos no cederán en sus principios o valores esenciales, tampoco renunciarán a sus prácticas religiosas, pero podrán buscar puntos comunes que los aproximen, que faciliten el conocimiento mutuo, la convivencia y la resolución de posibles conflictos. Y para ello será imprescindible el diálogo intercultural, y el diálogo con los poderes públicos, lógicamente.<sup>50</sup>

El multiculturalismo religioso respeta y protege la diversidad religiosa existente, pues consiste en la convivencia de varias religiones en un mismo Estado, en el que todas son consideradas de forma independiente, respetadas

---

<sup>50</sup> GUTIÉRREZ DEL MORAL, M. J., “A propósito del velo islámico ¿Es posible una solución intercultural?”, en *RGDCDEE*, nº 24, Iustel. com, 2010, p. 7.

y protegidas atendiendo a sus características propias. Pero este sistema no siempre se ha explicado desde la necesidad del diálogo y entendimiento entre culturas diferentes, y el objetivo de facilitar la relación y la comunicación entre los diversos grupos religiosos.<sup>51</sup> Tal como expone muy claramente Briones Martínez: “Cuando se aprendió que la existencia de culturas paralelas dentro de la misma sociedad, sin un proceso de educación para el mutuo entendimiento, suponía un paso atrás en la integración de los inmigrantes, se dejó de hablar del multiculturalismo y se inició la etapa del interculturalismo”.<sup>52</sup> Si bien, es preciso advertir aquí, que afrontar el pluralismo hoy realmente existente, como un mero producto de los procesos de inmigración y no como una característica intrínseca de cualquier sociedad desarrollada, desenfoca las ideas de integración o cohesión social que presiden nuestras políticas públicas y las convicciones sociales mayoritarias.<sup>53</sup>

Hemos de tener presente que se trata del disfrute de un derecho, el derecho a la libertad de conciencia, que siendo universal, no puede quedar excesivamente filtrado por los parámetros culturales de cada sociedad en cada momento. La mejor estrategia para seguir hablando de derechos universales en un mundo marcado por la diversidad es la que implica primero, una determinada concepción del sujeto, referida a la idea de individuo al que se le reconoce su condición de sujeto moral, su valor y su autonomía; en segundo lugar, un determinado modo de comprender las relaciones entre el individuo y

---

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>52</sup> BRIONES MARTÍNEZ, I., “Inmigración e interculturalidad”, en *Algunas cuestiones controvertidas del ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa en España*, I. Martín Sánchez y M. González Sánchez, (coords.), Fundación Universitaria Española, Madrid, 2009, p. 370.

<sup>53</sup> RUIZ VIEYTEZ, E. y URRUTIA ASÚA, G., *Derechos Humanos en contextos multiculturales. ¿Acomodo de derechos o derecho de acomodo?*, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Alberdania, San Sebastián, 2010, p. 14.

la sociedad, entre el sujeto y el grupo en que se integra. El discurso de los derechos es un discurso protagonizado en última instancia por el individuo, cuyo valor se predica no por la pertenencia al grupo, la etnia, la ideología o la religión, sino por su valor moral en sí y su pretensión de merecer igual consideración y respeto que los otros.<sup>54</sup>

Me parece una propuesta válida sobre la noción de cultura la que hace la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural de 21 de noviembre de 2001: “la cultura debe ser considerada el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias”. Siguiendo los dictados de dicha Declaración, el 20 de octubre de 2005 se aprobó en París la Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, que confirma el contenido de aquella Declaración y viene a desarrollar el compromiso de la UNESCO de garantizar el respeto de la diversidad de culturas, destacando “la importancia de la diversidad cultural para la plena realización de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros instrumentos universalmente reconocidos”; y “la necesidad de incorporar la cultura como elemento estratégico a las políticas de desarrollo nacionales e internacionales, así como a la cooperación internacional para el desarrollo”. En su art. 4, apartado 8 encontramos una definición de interculturalidad: “la interculturalidad es la presencia e interacción

---

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 34.

equitativa de diversas culturas y la posibilidad de generar expresiones culturales compartidas, adquiridas por medio del diálogo y de una actitud de respeto mutuo”.

No se hace mención alguna en estos textos de la diversidad religiosa, si bien esto no debe ser considerado un obstáculo para entenderla comprendida en el concepto de diversidad cultural, y más concretamente en el de interculturalidad, por la vinculación existente entre religión y cultura. González Moreno considera que la relación que existe entre pensamiento, conciencia y religión, por una parte, y cultura por otra, es tan intensa que justifica el análisis de la posibilidad de considerar esas libertades,... como auténticas libertades culturales.<sup>55</sup> En este mismo sentido Parekh dice: “Puesto que la cultura se ocupa del sentido y significado de las actividades y relaciones humanas, y puesto que estos asuntos también conciernen a la religión, normalmente ambas están estrechamente interrelacionadas. De hecho, apenas existe cultura alguna en cuya creación, constitución y continuación la religión no haya desempeñado un papel importante. Cultura y religión se influyen mutuamente a diversos niveles. La religión contribuye a dar forma a los sistemas de creencias y prácticas que se inscriben en una cultura. No hay religión alguna que esté totalmente desvinculada de la cultura”.<sup>56</sup>

Entendemos que es en el marco definido por un sistema intercultural o multicultural abierto donde encuentra su dimensión adecuada la gestión de la diversidad religiosa, en el que la diversidad que genera el ejercicio de las

---

<sup>55</sup> GONZÁLEZ MORENO, B., *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*, Civitas, Madrid, 2003, p. 247.

<sup>56</sup> PAREKH, B., *Repensando el multiculturalismo*, Istmo, Madrid, 2005, pp. 223-224.

libertades se considera como un valor jurídicamente protegible. En un sistema intercultural la interrelación, en ocasiones problemática, que de forma natural se origina entre las manifestaciones de convicciones distintas se encauza a través de las llamadas competencias interculturales, como las prácticas de armonización, entre ellas el acomodo razonable, inspiradas en la búsqueda de la cohesión social en un entorno plural. Por otro lado, en el sistema intercultural reside el modelo de laicidad abierta o liberal, conforme al cual las manifestaciones de las creencias religiosas o convicciones filosóficas de la vida, no pueden quedar relegadas a la esfera privada.

Para Ferrajoli, una propuesta como la que se está haciendo aquí, que identifica unos valores que fundamentan los derechos, plantearía problemas, ya que sería una tesis iliberal desde el momento en que exigiría aceptación moral respecto a los contenidos del Derecho y como se sabe, las normas han de ser respetadas pero no necesariamente aceptadas. Por eso, se violaría la laicidad del Derecho, que consiste precisamente en el rechazo a que el derecho pueda ser utilizado como instrumento para reforzar una determinada moral, una determinada ética o una determinada cultura, aunque sea la dominante.<sup>57</sup> De acuerdo con Ferrajoli la ética de los derechos impide cualquier imposición de valores o contenidos morales. Pero, podríamos preguntarnos si es posible la articulación de un sistema basado en derechos sin ningún tipo de afirmación axiológica, por ejemplo, la afirmación de la primacía del individuo. Es cierto que un sistema de derechos implica que no se puede limitar la construcción de planes de vida por parte de los individuos, pero posiblemente

---

<sup>57</sup> FERRAJOLI, L., *Democracia y garantismo*, Trotta, Madrid, 2008, p. 148.

lo que también es cierto, es que para ello es necesario afirmar valores de acuerdo con los cuales la elección y construcción individual de los planes de vida quede garantizada.<sup>58</sup>

## V. LAICIDAD: MARCO DEL ACOMODO DE LAS CONVICCIONES

La igualdad de libertad de conciencia requiere conceder a los ciudadanos un espacio laico para vivir de acuerdo a su conciencia. Un amplio espacio regido por principios políticos éticamente ricos, no éticamente *neutrales*, pero que, sin embargo, todos podamos compartir, aunque difiramos en nuestros compromisos religiosos y seculares fundamentales. El libre ejercicio de conciencia implica nociones de igual respeto por la conciencia de todos los ciudadanos, delicado acogimiento de los escrúpulos de conciencia y justicia para con las minorías que viven en el mundo de la mayoría.<sup>59</sup>

La laicidad se define como un principio constitucional inherente a la naturaleza del Estado democrático, que garantiza el derecho de los ciudadanos a ser iguales en el ejercicio y titularidad del derecho de libertad de conciencia.<sup>60</sup> Aunque ni la CE ni el CEDH contienen una referencia expresa al principio de laicidad, ya sea en clave de neutralidad ideológica y religiosa de los poderes públicos o de separación entre el Estado y las confesiones religiosas, en numerosos casos, y especialmente en aquellos relacionados con la autonomía

---

<sup>58</sup> RUIZ VIEYTEZ, E. y URRUTIA ASÚA, G., *Derechos Humanos en contextos multiculturales. ¿Acomodo de derechos o derecho de acomodo?*, op. cit., p. 37.

<sup>59</sup> NUSSBAUM, M., *Libertad de conciencia: el ataque a la igualdad de respeto*, op. cit., p. 181.

<sup>60</sup> LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la Libertad de Conciencia I. Libertad de Conciencia y Laicidad*, Civitas, Madrid, 1997, p. 264.



interna de las confesiones religiosas o los procesos de inscripción registral, el TEDH se ha pronunciado<sup>61</sup> interpretando que los principios señalados forman parte de la naturaleza democrática de los Estados, y en consecuencia los ha utilizado para limitar su capacidad de actuación.<sup>62</sup> De manera que la laicidad no se configura como un límite al derecho de libertad de conciencia, sino al poder de actuación de los poderes públicos, ya que ordena al Estado garantizar el ejercicio del derecho fundamental de libertad de conciencia, en cuanto derecho fundamental, pero al mismo tiempo le impide promocionar unas concretas creencias o convicciones.<sup>63</sup> Definimos entonces el Estado laico como el que mantiene una actitud escrupulosamente neutral y entiende que para la consecución de este objetivo no es ni mejor ni peor que sus ciudadanos tengan o no tengan unas u otras ideas o creencias religiosas.<sup>64</sup> El punto de vista laico exige, como apunta Ruiz Miguel, que las distintas creencias en materia religiosa operen en la sociedad con plena libertad negativa, sin privilegios que marquen preferencias por unas convicciones sobre otras, de modo que cada cual pueda practicar sus ideas, e incluso intentar expandirlas, sin privilegios o trabas que impidan o dificulten la libre competencia de las ideas.<sup>65</sup>

---

<sup>61</sup> Interesa destacar la esencial aportación de la STEDH Iglesia Metropolitana de Bessarabia y otros c. Moldavia, de 13 de diciembre de 2001, pars.115-116: “En una sociedad democrática, donde coexisten numerosas religiones en el seno de la misma población, puede ser necesario dar a esta libertad determinadas limitaciones destinadas a conciliar los intereses de los diversos grupos y a asegurar el respeto de las convicciones de cada uno... Pero en el ejercicio de su poder de regulación en la materia y en su relación con las diversas religiones, cultos y creencias, el Estado debe ser neutral e imparcial... Ello es necesario para el mantenimiento del pluralismo y el buen funcionamiento de la democracia, una de cuyas principales características reside en la posibilidad que ofrece de resolver los problemas mediante el diálogo y sin recurrir a la violencia...”.

<sup>62</sup> CELADOR ANGÓN, O., *Libertad de conciencia y Europa. Un estudio sobre las tradiciones constitucionales comunes y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 153.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>64</sup> LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia I. Libertad de conciencia y laicidad*, op. cit., p. 60.

<sup>65</sup> RUIZ MIGUEL, A., *Laicismo y constitución*, Autor-Editor, Madrid, 2009, p. 76.

### **V.1. Laicidad abierta v. laicismo**

La laicidad es un elemento fundamental de toda democracia liberal compuesta por ciudadanos que profesan distintas ideas del mundo y del bien, ya sean religiosas, espirituales o seculares. Pero ¿qué es laicidad? Si por lo general estamos de acuerdo en que se trata de un régimen político y jurídico cuya función es establecer una cierta distancia entre el Estado y la religión, los desacuerdos surgen desde el momento en que hay que definirla con más precisión.

Algunos sostienen que la laicidad es un principio claro e inequívoco que debe aplicarse en todas partes por igual. La solución al debate del lugar de la religión en el espacio público sería pues bastante sencilla: se trataría de aplicar el principio de la laicidad de forma rigurosa. Esta posición presupone que la laicidad se pueda definir fácilmente con fórmulas como la separación de Iglesia y Estado, la neutralidad del Estado o la distinción entre esfera pública y esfera privada y la relegación a esta última de la religión. Sin embargo, el sentido y las implicaciones de la laicidad son sólo simples en apariencia. Si bien estas definiciones contienen elementos de verdad, ninguna agota en sí misma el sentido de la laicidad. Todas conllevan zonas grises y tensiones, incluso contradicciones que hay que aclarar para poder determinar lo que significa la exigencia de laicidad del Estado. Una conceptualización más precisa permite acotar mejor las opciones que se ofrecen a las sociedades que afrontan dilemas relacionados con la adecuación de la diversidad moral y religiosa y con la legitimidad de las peticiones de acomodamiento por creencias religiosas.

La laicidad descansa en dos grandes principios: el de la igualdad de trato y la libertad de conciencia, así como en dos procedimientos que permiten la ejecución de estos principios, a saber, la separación de la Iglesia y el Estado y la neutralidad del Estado respecto a las religiones y a los movimientos seculares. La igualdad de trato y la libertad de conciencia son principios morales cuya función es regular la acción del Estado, mientras que la neutralidad, la separación y el acomodo son lo que podríamos denominar principios institucionales derivados de los principios de igualdad de trato y libertad de conciencia. La complejidad inherente a la laicidad se puede entender mejor cuando constatamos que comporta un conjunto de fines y de procedimientos que pueden entrar en conflicto.<sup>66</sup>

En el ámbito de las convicciones y de los compromisos fundamentales, el Estado, para ser verdaderamente el Estado de todos, debe mantenerse neutral. Esto supone que el Estado adopte una postura neutral no sólo hacia las religiones, sino hacia las distintas ideas filosóficas que se presentan como equivalente secular a las religiones. Efectivamente, un régimen que sustituya, en el fundamento de sus actuaciones la religión por una filosofía secular totalizadora convierte a todos los fieles de una religión en ciudadanos de segunda fila puesto que no abrazan las razones y los valores integrados en la filosofía reconocida oficialmente. Dicho de otra forma, ese régimen sustituye la religión establecida, así como las creencias fundamentales que la definen, por

---

<sup>66</sup> MACLURE, J. I. y TAYLOR, C., *Laicidad y libertad de conciencia*, op. cit., pp. 34 y 38.

una filosofía moral secular pero antirreligiosa que a su vez establece un orden de creencias metafísicas y morales.<sup>67</sup>

El laicismo pretendió reducir las creencias religiosas al ámbito íntimo y personal de la conciencia, con su consiguiente destierro del ámbito público y social. El ateísmo científico simplemente sustituyó una concepción estatal deísta por una ideología estatal atea y, en general, intolerante con las creencias religiosas y, por tanto, también con las minorías religiosas.<sup>68</sup> Conviene recordar aquí que también se utiliza el término *laicismo* con un significado meramente descriptivo o externo, como proceso histórico de secularización hacia la laicidad estatal, entendida ésta, por un lado, como neutralidad o imparcialidad hacia las creencias, religiosas o no, de los ciudadanos, y, por otro lado, como separación entre las competencias y los órganos del Estado y las de las distintas confesiones religiosas.<sup>69</sup>

Un modelo de Estado laicista, que interpreta la laicidad en sentido estricto y rígido, puede intentar favorecer la emancipación de los individuos respecto a la religión, de ahí la secularización o la erosión de la creencia religiosa, o bien la estricta relegación de la práctica religiosa a los confines de la vida privada y asociativa. Este concepto de laicidad defiende una opinión o un punto de vista negativo, en distintos grados, sobre la propia religión, que se considera incompatible con la autonomía racional del individuo. La laicidad se

---

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>68</sup> SOUTO PAZ, J. A. y SOUTO GALVÁN, C., *El derecho de libertad de creencias*, op. cit., p. 65.

<sup>69</sup> LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., “A modo de presentación. Laicidad, libertad de conciencia y acuerdos del Estado con las confesiones religiosas”, en *Libertad de conciencia y laicidad en las instituciones y servicios públicos*, D. Llamazares Fernández (dir.), Dykinson, Madrid, 2005, pp. 10 y 11.

convierte aquí en instrumento para la emancipación de los individuos mediante la crítica o el distanciamiento de la religión. El laicismo, al actuar para mantener a distancia la religión, adopta el concepto del mundo y del bien de los ateos y de los agnósticos y, en consecuencia, no trata con la misma consideración a los ciudadanos que conceden un lugar a la religión en su sistema de creencias y valores. Esta forma de laicidad no es neutral respecto a las convicciones fundamentales que permiten a los individuos dar un sentido y un rumbo a su vida. En cambio, el verdadero compromiso del Estado, a favor de la autonomía moral de los individuos, conlleva el reconocimiento de la soberanía de los individuos respecto a sus elecciones en conciencia y permite que tengan los medios para elegir sus propias opciones existenciales, ya sean seculares, religiosas o espirituales.<sup>70</sup> Viene al caso aquí recordar que mientras los particulares, en perfecto uso de su libertad de conciencia, pueden ser laicistas, en el sentido de militantes a favor de creencias ateas y en contra de las religiones en el sentido tradicional y restringido de la palabra, al Estado le está vedada esa posibilidad, debiendo limitarse a ser laico, en el sentido de neutral o imparcial entre las diversas creencias en materia de religión o convicciones filosóficas.

Es claro que defendemos un sistema de laicidad mucho más liberal y pluralista que este sistema de laicidad restrictiva o republicana. Defendemos un sistema similar al que se ha ido implantando de forma gradual en Quebec, conforme al cual los ciudadanos pueden manifestar públicamente sus convicciones religiosas o seculares, y se permite el acomodo de las mismas, en

---

<sup>70</sup> MACLURE, J. I. y TAYLOR, C., *Laicidad y libertad de conciencia*, op. cit., p. 47.

la medida en que ésta expresión no atente contra los derechos y libertades de los demás. Se trata de una adecuación institucional que pretende proteger los derechos y libertades y no, como sucede en Francia, un principio constitucional y una seña de identidad que hay que defender. La neutralidad y la separación de Iglesia y Estado no se ven como fines en sí mismos, sino como los medios que permiten alcanzar el doble objetivo, fundamental, de respeto de la igualdad moral y de protección de la libertad de conciencia de los ciudadanos. Como subraya Micheline Milot: “En Quebec y en Canadá la separación de los poderes político y religioso, la ausencia de religión de Estado, la neutralidad y la laicidad aparecen como exigencias que se imponen al Estado y a las instituciones públicas, pero no se definen como principios constitucionales ni como valores dominantes, como ocurre en Francia para la laicidad, que no sólo es un principio constitucional sino un valor que define a la República. En cierto modo aparecen subordinadas a los derechos que se consideran fundamentales”.<sup>71</sup>

La laicidad positiva constituye una garantía para la libertad de conciencia y favorece su ejercicio, como derecho fundamental digno de protección, no sólo en su dimensión interna, sino también en sus manifestaciones externas, por lo que los poderes públicos quedan obligados a promover las condiciones necesarias para el reconocimiento y la garantía efectiva del ejercicio de las facultades inherentes al derecho de libertad de conciencia, permitiendo, por ejemplo, el acomodo razonable. Como ha señalado Isidoro Martín Sánchez, esta actitud promocional es la consecuencia lógica de la transformación del Estado liberal, mero definidor de un catálogo de libertades formales, en un

---

<sup>71</sup> MILOT, M., “La laïcité au Québec et en France”, en *Bulletin d'histoire politique*, vol. 13, nº 3, Québec, 2005, p. 19.

Estado social de Derecho, lo que supone el paso de una laicidad abstencionista a otra positiva.<sup>72</sup> Llamazares Fernández ha advertido, a este respecto, que el término laicidad positiva<sup>73</sup> implica, precisamente, que lo que la Constitución Española valora positivamente es la libertad de conciencia, religiosa y no religiosa, libertad de convicción, pero no los contenidos concretos (creencias, convicciones, sentimientos o moral concretos) de esa conciencia, por impedírsele uno de los componentes de la laicidad: la neutralidad.<sup>74</sup> El derecho de libertad de pensamiento o conciencia impide a los Estados delimitar qué es o qué no es religioso, ya que son los propios individuos los únicos legitimados para tomar esta decisión. Los Estados tienen la obligación de ser ideológicamente neutrales, evitando valorar positiva o negativamente determinadas creencias o convicciones, y debiendo crear los mecanismos necesarios para que sus ciudadanos puedan ejercer su derecho a la libertad de creencias y convicciones.<sup>75</sup> Esta obligación no se refiere exclusivamente a la capacidad de actuar de los poderes públicos, sino que además obliga al Estado a perseguir y anular las actividades promovidas por sus ciudadanos con el objeto de evitar que otros ejerzan su libertad de pensamiento, conciencia o religión.<sup>76</sup>

---

<sup>72</sup> MARTÍN SÁNCHEZ, I., “El modelo actual de relación entre el Estado y el factor religioso en España”, en *Ius et Iura: Escritos de Derecho Eclesiástico y de Derecho Canónico en honor del Profesor Juan Fornés*, M. Blanco, B. Castillo, J. A. Fuentes y M. Sánchez-Lasheras (coords.), Comares, Granada, 2010, pp. 59 y 60.

<sup>73</sup> La STC 46/2001, de 15 de febrero es la que por primera vez utiliza el término “laicidad positiva”; el término se ha empleado con posterioridad por las SSTC 128/2001, de 4 de julio y 154/2002, de 18 de julio.

<sup>74</sup> LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., “Libertad de conciencia y laicidad en la Constitución Española de 1978”, en *Jornadas Jurídicas sobre Libertad Religiosa*, J. Ferreira Galguera (coord.), Ministerio de Justicia, Madrid, 2008, p. 135.

<sup>75</sup> CELADOR ANGÓN, O., *Libertad de conciencia y Europa. Un estudio sobre las tradiciones constitucionales comunes y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, op. cit., p. 115.

<sup>76</sup> Teniendo presente la otra cara de la moneda, ciertamente el Estado se halla obligado a intervenir cuando alguien es atacado o perseguido por practicar una religión o por no practicar ninguna; las autoridades no pueden en ese momento mirar hacia otro lado. STEDH, 97 Testigos de Jehová de Gldani contra Georgia, de 3 de mayo de 2007, en la cual se observa que el Estado demandado violó la

## **V. 2. Dimensión antropológica de las convicciones: fuera/dentro**

La tesis de la *privatización de la religión* cree que, en razón del carácter divisivo y conflictivo de las diferencias religiosas, la mejor manera de fomentar una lealtad única y compartida por encima de las identidades particulares es hacer que las creencias permanezcan recluidas en el ámbito de lo privado.<sup>77</sup>

El argumento según el cual la religión debe permanecer en la esfera privada ha sido a menudo invocado por los partidarios del laicismo. Aunque a primera vista parece claro, este enunciado no lo es tanto como podría creerse. En efecto, la palabra *público* puede entenderse al menos de dos maneras distintas. Según el primer sentido, es público todo lo relacionado con el Estado y sus instituciones, se habla de instituciones públicas. Según el segundo sentido, es público lo que está abierto o accesible a todos, hablaremos entonces de lugares públicos; por ejemplo de un jardín abierto al público.

El primer sentido coincide con el principio laico de la neutralidad del Estado frente a las religiones. Según este primer sentido, es justo afirmar que la religión debe ser privada. Sin embargo, no hace falta decir que el laicismo exige a la religión que esté ausente del espacio público en un sentido amplio.

---

Convención al mantener una indiferencia total cuando los extremistas ortodoxos del padre Basilio atacaban a los testigos de Jehová y además “la negligencia de las autoridades permitió la generalización de la violencia religiosa en toda Georgia ejercida por el mismo grupo de agresores”, (pars. 133 y 134).

<sup>77</sup> ARLETTAZ, F., *Religión, libertades y Estado: Un estudio a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Icaria, Barcelona, 2014, p. 123.



La confusión surge cuando se cruzan estas dos maneras de comprender la distinción entre lo público y lo privado. Es el caso, por ejemplo, cuando se pregunta si los alumnos y los profesores pueden mostrar su afiliación religiosa en la escuela. Si una institución pública debe ser neutra, ¿deben estar a su vez sometidos a esta exigencia de neutralidad los individuos que la frecuentan?<sup>78</sup>

Conforme al principio de laicidad entendemos que no es posible que un Estado laico realice ninguna manifestación religiosa o de convicciones no religiosas. Ninguna institución pública puede tampoco albergarlas en cuanto tal institución. La regla general debe ser la prohibición de símbolos religiosos en las dependencias institucionales o en los actos organizados por los poderes públicos. No compartimos por ello la interpretación que de la neutralidad de las instituciones públicas hace la STC 34/2011, de 28 de marzo<sup>79</sup>, conforme a la cual, partiendo de que todas las instituciones públicas deben ser ideológicamente neutrales, se reconoce que es habitual que las instituciones adopten signos de identidad que contribuyan a dotarle de un carácter integrador y reconocible, entre los que se incluyen los patronazgos que en su origen son propios de aquellas confesiones cristianas que creen en la intercesión de los santos y a cuya mediación se acogen los miembros de un determinado colectivo. Continúa el Tribunal su razonamiento afirmando que la configuración de estos signos de identidad puede obedecer a múltiples factores y cuando una religión es mayoritaria en una sociedad sus símbolos comparten la historia política y cultural de ésta, lo que origina que no pocos elementos representativos de instituciones públicas tengan una connotación

---

<sup>78</sup> BOUCHARD, G. y TAYLOR, C., *Construir el futuro. El tiempo de la reconciliación*, op. cit., pp. 47 y 48.

<sup>79</sup> STC 34/2011, de 28 de marzo, FJ 4.

religiosa. Por consiguiente, concluye la sentencia, es obvio que no basta con constatar el origen religioso de un signo identitario para que deba atribuírsele un significado contrario a la neutralidad religiosa de los poderes públicos. Lo determinante está en dilucidar si ante el posible carácter polisémico de un signo de identidad, domina en él su significación religiosa en un grado que permita inferir razonablemente una adhesión del ente o institución a los postulados religiosos que el signo representa.<sup>80</sup>

Siguiendo con el ejemplo de centros educativos, la presencia de símbolos religiosos en centros públicos supone una inequívoca voluntad del Estado de poner la religión simbolizada en el centro de la vida pública, como verdad absoluta, sin el debido respeto al papel que otras experiencias religiosas o filosóficas desempeñan en la sociedad, lo cual implica una adhesión de los centros públicos a una determinada y concreta cosmovisión religiosa, produciéndose una confusión entre las funciones estatales y religiosas, contraria al principio de laicidad porque la presencia de símbolos religiosos en centros públicos debe entenderse, en principio, contraria a los principios constitucionales en la materia.<sup>81</sup>

Ahora bien, podría sostenerse que permitir que los profesores acudan con sus símbolos religiosos facilita el ejercicio de su derecho fundamental de libertad religiosa y que los alumnos comprueben que la diversidad es una realidad. Por otra parte, aquello que enseña y puede ejercer influencia sobre

---

<sup>80</sup> Vid. CAÑAMARES ARRIBAS, S., “Objeción de conciencia y acomodación de las creencias religiosas en las Fuerzas Armadas”, en *RGDCDEE*, nº 35, Iustel.com, 2014.

<sup>81</sup> CONTRERAS MAZARÍO J. M. y CELADOR ANGÓN O., *Laicidad, manifestaciones religiosas e instituciones públicas*, Documento de trabajo 124/2007, Fundación Alternativas, Madrid, 2007.

los alumnos no son tanto las prendas que lleve el profesor, como su actitud, comentarios, o modo de impartir las clases, que es a lo que se deberá prestar más atención. Los alumnos son capaces, y para ello se les debe educar, de diferenciar la transmisión de contenidos de carácter institucional de la escuela, de las opiniones personales de una persona, aunque sea docente.<sup>82</sup> Entonces, la ponderación de los intereses que aparecen en litigio en cada caso, la valoración del contexto, así como tener en cuenta que portar símbolos propios de distintas convicciones, religiosas o filosóficas, es un modo de ejercer el derecho fundamental de libertad de conciencia, se presentan como criterios útiles para resolver los conflictos allí donde puedan producirse. Precisamente por pertenecer la libertad de conciencia a mi esfera privada, íntima, mi manifestación individual pública pertenece también a la esfera privada y no a mi condición de funcionario público.

Pero ¿qué hace que las manifestaciones externas de nuestras convicciones internas sea tan importante para permitir incluso su acomodo razonable?

El todo, la integridad del mundo espiritual, es el motor de la persona y auténtico artífice del despliegue exterior, capaz de desarrollar al hombre como sujeto activo en los diferentes campos de la realidad humana. El carácter central de esa dimensión del ser humano, que es su mundo espiritual, permite afirmar que esa libertad que garantiza su desarrollo y desenvolvimiento es,

---

<sup>82</sup> GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, A., “Simbología y prácticas religiosas en los espacios públicos en Canadá”, en *RGDCDEE* n° 24, Iustel.com, 2010, p. 24.

precisamente, la primera y la fuente de las demás libertades.<sup>83</sup> Respecto a la religión, concretamente, lo que hace que sea tan fundamental, es que expresa los hechos esenciales de nuestra existencia humana. La religión pone en palabras una similitud estructural o una cierta afinidad entre la simbología religiosa y la existencia social y se convierte en ejemplo de la realidad, puesto que también crea lazos sociales y establece qué pasa por bueno y qué por malo, y qué tiene que ser sagrado para el ser humano también por mor de sí mismo.<sup>84</sup> El concepto de *práctica* supone el derecho a vivir conforme a las propias creencias, a organizar la vida según ellas. Esto tiene amplísimas consecuencias: seguimiento de prescripciones alimentarias, respeto de días de descanso, cumplimiento de prácticas funerarias, uso de símbolos religiosos, cierta vestimenta y un largo *etcétera*.<sup>85</sup> Ahondando en esas amplísimas consecuencias, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su Comentario General al art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966<sup>86</sup> insiste en que los diversos modos de manifestación de la religión o convicciones han de interpretarse de manera amplia, incluyendo deberes morales que no son estrictamente rituales o de culto, y en su par. 4. menciona, sin ánimo alguno de exhaustividad, algunos ejemplos, como el uso personal de ciertas prendas de vestir o símbolos preceptivos según la propia religión, la observancia de los días de descanso religioso o ciertas obligaciones dietéticas. Para el Comité, el punto de partida imprescindible es que la libertad religiosa y de conciencia no se limita a las cuestiones relativas al culto, sino

---

<sup>83</sup> SOUTO PAZ, J. A. y SOUTO GALVÁN, C., *El derecho de libertad de creencias*, op. cit., p. 22.

<sup>84</sup> BECK, U., *El Dios personal. La individualización de la religión y el espíritu del cosmopolitismo*, Paidós, Barcelona, 2009, p. 88.

<sup>85</sup> ARLETTAZ, F., *Religión, libertades y Estado: Un estudio a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, op. cit., p. 120.

<sup>86</sup> *Vid.* un análisis pormenorizado del texto de ese Comentario General en TAHZIB, B. G., *Freedom of Religion or Belief. Ensuring effective International protection*, Kluwer Law International, The Hague, 1966.

que se extiende a otros aspectos de la vida diaria de las personas. También aquí, por tanto, se aplica la regla general de que los derechos humanos han de interpretarse extensivamente y las limitaciones a los mismos han de interpretarse restrictivamente, lo cual incluye su explícita previsión legal y la justificación de su necesidad.<sup>87</sup>

Defendemos en definitiva, con todo lo dicho hasta aquí, que la manifestación o proyección de la conciencia o de las convicciones, espirituales o seculares, no puede limitarse a la esfera privada ni encerrarse en los estrictos límites del domicilio o lugares de culto. La vida pública y la vida privada; el espacio público y el espacio privado no pueden separarse como dos compartimentos estancos ante la conciencia que lo impregna todo. La libertad de conciencia es un aspecto fundamental de la identidad de la persona que penetra en todos los aspectos de su vida.

Siendo en el marco de las relaciones sociales, el ámbito donde se exteriorizan las conciencias individuales, la norma jurídica debe asegurar una libre y autónoma elección siempre, claro está, que no se ponga en riesgo el sistema jurídico. Con ello no quiero decir que esa libertad, por el hecho de ser protegida, deba ser reglamentada. Nadie puede establecer los supuestos de conciencia individual susceptibles de tutela, ni siquiera el Estado.<sup>88</sup>

---

<sup>87</sup> NAVARRO VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Conflictos entre conciencia y ley: las objeciones de conciencia*, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2012, p. 51.

<sup>88</sup> ACUÑA GUIROLA, S., “La libertad de conciencia y el poder público”, en *RGDCDEE*, nº 34, *op. cit.*, p. 8.

## VI. LA LIBERTAD DE CONCIENCIA COMO OBJETO DEL ACOMODO RAZONABLE

Si se contempla el mundo espiritual de una persona y se advierte ese mundo heterogéneo de ideas, creencias, convicciones que se entrecruzan e incluso debaten entre ellas, no dudaríamos en pensar que aquello que merece la protección jurídica, aquello cuya libertad debe ser garantizada es todo, todo el mundo espiritual, sin distinguir o separar la naturaleza de las cosas que navegan por esos mares. Y ese todo, ese todo unitario, difícilmente escindible, ¿cómo se llama?, ¿libertad de pensamiento, libertad de religión, libertad de creencias, libertad de conciencia?<sup>89</sup>

La diversidad terminológica utilizada, tanto por el art. 16 CE como por los textos internacionales, art. 18 DUDH y art. 18 PIDCP, no pretenden describir un haz de libertades diferenciadas, sino referirse a una única libertad: la capacidad de autodeterminación individual en relación con su propia cosmovisión, cuyo origen y fundamento puede encontrarse en un sistema tanto filosófico, como ideológico, ético, religioso, etc. Esta autonomía individual es garantizada constitucionalmente, cualquiera que sea el origen de ese ámbito en el que se albergan las creencias o las convicciones personales.

El significado, por tanto, de la libertad individual, garantizado en el art. 16 de la Constitución, no puede limitarse ni identificarse con el derecho de libertad religiosa, sino que se refiere, en una interpretación integral de su contenido, a

---

<sup>89</sup> SOUTO PAZ, J. A. y SOUTO GALVÁN, C., *El derecho de libertad de creencias*, op. cit., p. 22.

la libre autodeterminación del individuo en la elección de su propio concepto de la vida o de su propia cosmovisión, así como de la libre adopción de decisiones existenciales.<sup>90</sup>

La doctrina española no es unánime a la hora de explicar el contenido de cada uno de los derechos enunciados en el artículo 16 de la CE y mostrar las equivalencias de estos con los recogidos en los documentos internacionales.<sup>91</sup> Para algunos autores, la libertad de pensamiento es la base de todas las otras libertades a las que venimos haciendo referencia. Así, Contreras Mazarío expone: “la libertad religiosa no se configura como un derecho aislado e independiente, sino en íntima conexión con la libertad de pensamiento, conciencia y religión, formando estas tres (...) un único derecho fundamental de la persona (...) la libertad religiosa se estudia y se aplica dentro del marco más amplio de la libertad de pensamiento, entendiendo ésta dentro de una perspectiva individual *ad intra* (libertad de conciencia o convicción) y *ab extra* (libertad de manifestación), como desde una perspectiva colectiva (libertad de religión y de culto)”<sup>92</sup>. Otros autores, sin embargo, defienden la idea de que es la libertad de conciencia la libertad base que genera y encierra las otras dos. En esta línea, Llamazares Fernández entiende la libertad de conciencia, en cuanto derecho subjetivo, como “el derecho a tener unas u otras creencias, unas u otras ideas, unas u otras opiniones, así como a expresarlas, a comportarse de acuerdo a ellas y a no ser obligado a comportarse en

---

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 97.

<sup>91</sup> Al respecto *vid.* el trabajo de ROSSELL GRANADOS, J., “El concepto y contenido del derecho de libertad religiosa en la doctrina científica española y su incidencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XV, 1999.

<sup>92</sup> CONTRERAS MAZARÍO, J. M., “La libertad religiosa y la no discriminación por motivos religiosos en la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. V, 1989, pp. 28 y 29.

contradicción con ellas”<sup>93</sup> y define el derecho de libertad de conciencia como el “derecho fundamental básico de los sistemas democráticos: en él encuentran su razón de ser todos los demás derechos fundamentales de la persona y, en última instancia, a él está ordenado todo el sistema”<sup>94</sup>. Podemos citar también a Martín Sánchez cuando amplía la noción de libertad de conciencia al *derecho a la formación de la conciencia* y la sitúa como presupuesto de la libertad religiosa, la libertad ideológica y la libertad de pensamiento.<sup>95</sup>

Mantenemos en este trabajo una concepción integral de *libertad de conciencia*, que engloba la libertad de pensamiento, la ideológica y la religiosa, definimos la libertad de conciencia como la libertad que tiene como finalidad garantizar la elección de una propia cosmovisión o concepción de la vida y, lógicamente, la actuación de acuerdo con la misma, tenga su origen en un sistema filosófico, ideológico, espiritual o religioso. En cualquier caso, la libertad religiosa focaliza una manifestación de la libertad de conciencia que posee la suficiente cualificación como para ser estudiada desde sus propios rasgos, por ello, en ocasiones, cuando el análisis lo amerite, distinguiremos expresamente entre libertad de conciencia y libertad de religión, sin perjuicio de acentuar que ésta conceptualmente remite a aquella. Pretendemos, en definitiva, apoyar la hipótesis de que el *acomodo razonable* debe darse tanto por convicciones religiosas, entendidas en sentido amplio, como por convicciones seculares o de filosofía de vida no religiosas siempre que resulten esenciales para la integridad moral de la persona.

---

<sup>93</sup> LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia*, I, *op. cit.*, p. 14.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>95</sup> MARTÍN SÁNCHEZ, I., “El derecho a la formación de la conciencia y sus garantías constitucionales en el ordenamiento jurídico español”, en *Il Diritto Ecclesiastico*, vol. II, *op. cit.*, p. 459.



## VI. 1. Desde la perspectiva internacional: Observación General nº 22

El artículo 10.2 de la CE contiene una regla hermenéutica conforme a la cual, los derechos fundamentales y las libertades públicas que reconoce la Constitución deberán interpretarse de acuerdo con los valores y principios plasmados en los textos internacionales relativos a derechos humanos<sup>96</sup>.

NU realizó una labor importante en torno a la interpretación del art. 18 del PIDCP, al aprobar el Comité de Derechos del Hombre, la Observación General nº 22 sobre la interpretación del artículo 18, el 20 de julio de 1993<sup>97</sup> a la que ya hemos hecho referencia anteriormente. Resulta importante para el objetivo de este trabajo detenernos en el estudio de esta Observación, puesto que su contenido nos permite perfilar los conceptos de religión, creencia y convicción de los que partimos para fijar la base central del derecho sobre el que se inspira nuestra hipótesis: el derecho al acomodo razonable por motivos de convicción.

Conforme a la citada Observación el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (que incluye la libertad de tener creencias) en el párrafo 1 del art. 18 es profundo y de largo alcance; abarca la libertad de pensamiento sobre todas las cuestiones, las convicciones

---

<sup>96</sup> Sobre el sentido y alcance de la cláusula interpretativa contenida en el artículo 10.2. de la CE, *vid.* SÁIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2. de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

<sup>97</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General nº 22: Derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, art. 18, 48º período de sesiones, 1993.

personales y el compromiso con la religión o las creencias, ya se manifiesten a título individual o en comunidad con otras personas. El Comité llama la atención de los Estados Parte sobre el hecho de que la libertad de pensamiento y la libertad de conciencia se protegen de igual modo que la libertad de religión y de creencias. La Observación pone de relieve que el artículo 18 protege las creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia. Los términos *creencias* y *religión* deben entenderse en sentido amplio. El artículo 18 no se limita en su aplicación a las religiones tradicionales o a las religiones y creencias con características o prácticas institucionales análogas a las de las religiones tradicionales. Por eso, el Comité ve con preocupación cualquier tendencia a discriminar religiones o creencias, en particular las más recientemente establecidas, o las que representan a minorías religiosas que puedan ser objeto de hostilidad por parte de una comunidad religiosa predominante. El Comité hace notar que la libertad de "tener o adoptar" una religión o unas creencias comporta forzosamente la libertad de elegir la religión o las creencias, comprendido el derecho a cambiar las creencias actuales por otras o a adoptar opiniones ateas, así como el derecho a mantener la religión o las creencias propias. El párrafo 2 del artículo 18 prohíbe las medidas coercitivas que puedan menoscabar el derecho a tener o a adoptar una religión o unas creencias, comprendidos el empleo o la amenaza de empleo de la fuerza o de sanciones penales para obligar a creyentes o no creyentes a aceptar las creencias religiosas de quienes aplican tales medidas o a incorporarse a sus congregaciones, a renunciar a sus propias creencias o a convertirse.

Como señala Souto Galván: “El comentario de la Comisión enriquece el significado y el contenido del artículo 18 de la DUDH y del PIDCP, que a su vez, repercuten directamente en la interpretación del artículo 16 de nuestra Constitución, al amparo de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la misma”.<sup>98</sup>

## **VI. 2. Desde la perspectiva regional: Convenio Europeo de Derechos Humanos**

¿Cuál es el bien jurídico protegido por el artículo 9 del CEDH?, es decir, qué creencias o convicciones protege el CEDH, ¿solo las religiosas?, ¿también las creencias o convicciones ideológicas? El TEDH ha señalado en la Sentencia *Kokkinakis contra Grecia*<sup>99</sup> que tal como protege el artículo 9.1, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión representa uno de los fundamentos de una sociedad democrática en el sentido de la Convención. Figura, en su dimensión religiosa, entre los elementos más esenciales de la identidad de los creyentes y de su concepción de la vida, pero es asimismo un bien precioso para los ateos, los agnósticos, los escépticos o los indiferentes.

El artículo 9 CEDH se refiere al derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, mencionando así tres categorías diferentes sin definirlas expresamente. Sin embargo, el mismo párrafo se refiere luego al derecho a cambiar de religión o de convicciones así como al de manifestar la

---

<sup>98</sup> SOUTO GALVÁN, E., “La Libertad Religiosa en la Constitución y en la Declaración Universal de Derechos Humanos”, en *La libertad religiosa y su regulación legal. La Ley Orgánica de Libertad Religiosa*, R. Navarro Valls, J. Mantecón Sancho y J. Martínez-Torrón (coords.), Iustel, Madrid, 2009, p. 490.

<sup>99</sup> STEDH, *Kokkinakis contra Grecia*, 25 de mayo de 1993, par. 12.

religión y las convicciones. Aunque desde la doctrina jurídica se ha intentado establecer un análisis que correlacionara la primera distinción con la segunda, el Tribunal no se ha detenido en este tipo de consideraciones teóricas y ha supuesto simplemente que existe un derecho a tener, cambiar y manifestar la religión y las convicciones.<sup>100</sup>

El Tribunal no ha construido un concepto detallado de qué ha de entenderse por religión ni tampoco por convicciones no religiosas. Sin dar un concepto sustantivo, el Tribunal, sin embargo, ha enfatizado la necesidad de que exista una cierta coherencia y solidez en el conjunto de creencias y convicciones que buscan amparo bajo el art. 9. De este modo, los conceptos de religión y convicciones en el art. 9 se diferencian de meras opiniones o ideas en los términos del art. 10. “La libertad de pensamiento, conciencia y religión, denota puntos de vista que tienen un cierto nivel de fuerza, seriedad, cohesión e importancia”, en estos términos se ha pronunciado el Tribunal en distintas sentencias.<sup>101</sup>

Como sintetiza Celador Angón, la posición del TEDH parece coherente tanto con el espíritu del CEDH, como con la formulación que la libertad de creencias o convicciones debe tener en el siglo XXI. A diferencia de lo que ha sido la tendencia hasta los años 90 en algunos países europeos entre ellos España, los ordenamientos jurídicos más avanzados en materia de libertad de conciencia han optado por no definir lo que son las creencias o convicciones

---

<sup>100</sup> EVANS, C., *Freedom of religion under the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 53.

<sup>101</sup> STEDH, *Jabóbski contra Polonia*, de 7 de diciembre de 2010, par. 44; *Leela Förderkreis e. V. y otros contra Alemania*, de 6 de octubre de 2008, par. 80. Esta afirmación apareció por primera vez en: *Campbell y Cossans contra Reino Unido*, de 25 de febrero de 1982, par. 36.

por tres motivos, a saber: primero: el intento de definir qué son las creencias o convicciones supone la limitación de un derecho fundamental, ya que implica dejar fuera de su conceptualización creencias o convicciones que pueden ser legítimamente válidas para los individuos; segundo: el único elemento relevante para determinar cuándo un conjunto de creencias o convicciones debe estar amparado por el artículo 9 del Convenio, es su relevancia en el fuero interno del sujeto, que es el legítimo titular del elenco de derechos protegidos por el Convenio, y, tercero: el TEDH ha utilizado una interpretación extensiva de la libertad de conciencia para evitar anular las concepciones locales de las creencias o convicciones, ya que el Convenio se aplica a países con diferentes concepciones de lo que debe entenderse por creencias o convicciones, de ahí que la única fórmula válida para todos los países europeos sea el uso de una interpretación lo suficiente amplia que abarque a todas ellas.<sup>102</sup>

Por último, hay que tomar en consideración también, el hecho de que una definición, implicará una determinación necesariamente restrictiva, sobre todo, en un mundo intercomunicado como el actual, de una libertad pública de alcance universal que puede inhabilitar para su ejercicio a personas o grupos que, con unos presupuestos culturales distintos, son, sin embargo, titulares de ese derecho, reconocido universalmente, de la libertad religiosa.<sup>103</sup>

Los derechos humanos, por definición universales, se han visto relegados a la condición de derechos constitucionales o derechos fundamentales, según los viene estableciendo cada país en su propio

---

<sup>102</sup> CELADOR ANGÓN, O., *Libertad de conciencia y Europa. Un estudio sobre las tradiciones constitucionales comunes y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, op. cit., pp. 72 y 73.

<sup>103</sup> SOUTO PAZ, J. A. y SOUTO GALVÁN, C., *El derecho de libertad de creencias*, op. cit., p. 245.

ordenamiento. Incluso la aplicación de los diferentes tratados internacionales sobre derechos humanos está severamente condicionada por su incorporación a sistemas jurídicos estatales concretos. A este proceso lo llamamos nacionalización de los derechos humanos. Los derechos humanos o básicos (civiles, políticos o sociales) han quedado condicionados por los parámetros dominantes en cada sociedad estatal, de manera que se leen, se interpretan y aplican de acuerdo a estos parámetros culturales dominantes o mayoritarios. Los derechos se han filtrado a través de las identidades dominantes (numérica o potencialmente) en cada sociedad, y como consecuencia se disfrutan e interpretan a través de una lectura tamizada por los parámetros culturales o de identidad dominantes (lengua, religión, valores, símbolos, etc.), lo que ha generado exclusiones en su titularidad y en su ejercicio. Ello no implica la necesidad de desnacionalizar o desidentificar las instituciones o el espacio público, sino, por el contrario, de pluralizarlos y ampliar las opciones de que diversas formas de ser puedan verse reconocidas por el ordenamiento jurídico.<sup>104</sup>

Entendemos, por tanto, que no sólo a través de la Observación General nº 22 de NU, sino también a través de la jurisprudencia del TEDH y de una interpretación universal de la libertad de conciencia, está bien establecido el hecho de que el contenido del derecho protegido se refiere al derecho a creer en la existencia de una realidad última, bajo forma teística o no teística, también al derecho a creer que tal principio último no existe (ateos), o que de existir sería inaccesible al hombre (agnósticos, escépticos) o de permanecer

---

<sup>104</sup> BOUCHARD, G. y TAYLOR, C., *Construir el futuro. El tiempo de la reconciliación*, op. cit., p. 11.

indiferente ante la pregunta sin profesar ninguna creencia. Por ello la libertad religiosa ampara a quienes tengan creencias teístas o no teístas, a los ateos, a los agnósticos, a los escépticos y a los indiferentes.<sup>105</sup> Pero de forma más amplia el bien jurídico protegido se refiere a cualquier elección de una propia cosmovisión o concepción de la vida, es decir, al conjunto de creencias que sostienen al hombre, ya sean de origen religioso, filosófico o ideológico siempre que tengan la fuerza y cohesión suficiente para alcanzar el valor de una convicción moral profunda.

### VI.3. Supuestos concretos ante el TEDH

En primer lugar, respecto del objeto de protección, hay que señalar que el artículo 9 del Convenio, tal como se resalta en el ya citado asunto *Kokkinakis*, no sólo ampara las creencias religiosas sino también las convicciones que desbordan la esfera de la espiritualidad religiosa, siempre que alcancen “un cierto nivel de fuerza, seriedad, coherencia e importancia” (*Campbell y Cosans*, par. 36). Así, además del ateísmo se han entendido tuteladas por la libertad de conciencia y religiosa convicciones tales como el pacifismo (*Arrowsmith contra Reino Unido*), el ecologismo (*Chassagnou y otros contra Francia*) o la oposición de los padres a los castigos corporales (*Campbell y Cosans contra Reino Unido*). Lo cual es sin duda congruente con el espíritu de apertura y tolerancia propio de una sociedad plural y democrática.

---

<sup>105</sup> ARLETTAZ, F., *Religión, libertades y Estado: Un estudio a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, op. cit., p. 132.

Difícil de justificar resulta, sin embargo, el distinto grado de protección otorgado a unas y otras. Así puede apreciarse en la decisión de *Angeleni contra Suecia*. Las autoridades suecas habían rechazado la solicitud de una madre atea para que su hija fuera eximida de la asistencia a las clases de instrucción religiosa, porque la legislación de ese país sólo permite tal exención cuando el alumno pertenezca a una confesión distinta de la Iglesia oficial que le proporcione una instrucción religiosa sustitutiva de la escolar. Y la Comisión entendió que dicha instrucción (que incluía el estudio de la Biblia, de canciones e himnos religiosos, de personalidades y modelos de vida religiosa, etc.) no constituía *adoctrinamiento* por cuanto no se trataba de una instrucción en los dogmas de una confesión o iglesia particular sino en el conocimiento de la doctrina cristiana en general. Y resaltó además que la legislación sueca no era discriminatoria porque el objetivo que perseguía, que todos los niños recibieran una instrucción religiosa, era un fin legítimo con arreglo al Convenio, de manera que la diferencia de trato entre ateos y creyentes respecto de la posibilidad de exención tenía una justificación objetiva y razonable. Más significativa aún es su decisión en *N. contra Suecia*. En este caso fue un pacifista quien vio rechazada su solicitud de objeción de conciencia al servicio militar porque la legislación sueca también reserva ese derecho para los pertenecientes a una confesión religiosa. La Comisión rechazó la demanda argumentando que dicha pertenencia “es un hecho objetivo que crea un alto grado de probabilidad de que la exención no se concederá a una persona que simplemente desea escapar del servicio”, mientras que, por el contrario, “esa alta probabilidad no existiría si se concede también a individuos que reclaman tener objeciones de conciencia a tal servicio o a miembros de grupos u organizaciones pacifistas”.



Argumento que simplemente trasluce un prejuicio sobre la menor intensidad y sinceridad de las convicciones no religiosas. Y que resulta sorprendente a la vista del *currículum* del demandante: un periodista que había escrito dos libros y numerosos artículos sobre pacifismo, promovido la organización de congresos, conferencias, grupos de estudio, manifestaciones, etc., con un activo liderazgo en organizaciones como *Swedish Peace and Arbitration Society*, de la que fue vicepresidente entre los años 1973 y 1977, y *War Resisters Internacional*, de cuyo Consejo Internacional era miembro electo desde 1979, y que incluso había recibido el Premio *Eldh-Ekblad's* de la paz. Nada de eso importó: para la Comisión pesaba más el dato formal de la adscripción a una confesión religiosa que el compromiso ético, no religioso, fehacientemente acreditado. El pluralismo en el ámbito del artículo 9 queda de este modo considerablemente desvirtuado al no traducirse jurisprudencialmente en una mínima exigencia de igualdad de trato, ni siquiera en relación con ciertos aspectos básicos. Aunque el Convenio no establece ninguna distinción al respecto, los órganos encargados de su aplicación han establecido de facto diferentes niveles de protección entre las concepciones tuteladas, privilegiando las creencias religiosas sobre las convicciones éticas. E incluso, dentro del campo de las propias creencias religiosas, el TEDH ha admitido la compatibilidad con el Convenio de la existencia de Iglesias de Estado con un régimen jurídico privilegiado (incluyendo la concesión de beneficios en materia fiscal, procesal y educativa), con la única condición de que no se impida el ejercicio de la libertad religiosa de quienes no pertenezcan

a ellas. Queda así patente el muy limitado papel que los principios de igualdad y neutralidad estatal juegan en este ámbito.<sup>106</sup>

Algunas sentencias más recientes del TEDH permiten intuir que quizá se esté produciendo un cambio de rumbo en la jurisprudencia en términos más tuitivos de la libertad de conciencia. En concreto, la sentencia de la Gran Cámara del Tribunal en el caso *Bayatyan*<sup>107</sup> afirma, que aunque el artículo 9 del CEDH no menciona la objeción, protege la libertad de conciencia cuando se produce un “conflicto grave e ineludible con obligaciones derivadas de una ley neutral, sobre la base de una convicción o creencia de suficiente imperatividad, gravedad, coherencia e importancia”. Añadiendo que una restricción de la libertad de conciencia en esos casos no puede considerarse “necesaria en una sociedad democrática” (cfr. artículo 9.2 CEDH, donde se especifican las condiciones en que es posible establecer legítimamente restricciones a la libertad de pensamiento, conciencia y religión) cuando existen otras maneras de conciliar los respectivos intereses contrapuestos del legislador y del objetor. Aunque todavía es pronto para calibrar el alcance de este cambio jurisprudencial, y pese a que el TEDH refiere ese análisis concretamente al supuesto de la objeción al servicio militar, es indudable que resulta aplicable a otros tipos de conflicto entre conciencia y ley, entre otras razones porque el mismo Tribunal ha indicado reiteradamente que la autoridad civil no es

---

<sup>106</sup> Vid. SOLAR CAYÓN, J. I., “Cautelas y excesos en el tratamiento del factor religioso en la jurisprudencia del TEDH”, en *Derechos y Libertades*, vol. 20, 2009.

<sup>107</sup> STEDH, *Bayatyan contra Armenia* (Gran Sala), de 7 de julio de 2011.

competente para formular juicios de valor sobre las creencias y sobre sus modos de expresarlas.<sup>108</sup>

#### **VI. 4. Fundamentación de una protección especial en el ejercicio de la libertad de conciencia**

La cuestión que vamos a abordar bajo este epígrafe es la de qué justifica que las convicciones religiosas y no religiosas sean susceptibles y merecedoras de un trato especial, como lo es la adaptación o exención de una norma.

En una aproximación *apriorística* podría alegarse que sólo las convicciones religiosas pueden optar al acomodo razonable. Los motivos religiosos suelen pertenecer a un grupo de personas y la sinceridad de la reivindicación resulta, en consecuencia, relativamente fácil de calibrar. Incluso cuando alguien tiene una interpretación algo divergente de su religión, cabe al menos estudiar la religión, comprender sus debates y ver cómo esa persona se inserta en ellos. Los motivos no religiosos tienden a ser más personales e individualistas y, por tanto, resulta mucho más difícil evaluar su sinceridad e importancia. También podría alegarse que la religión, por ser una cuestión de filiación e identificación con el grupo, tiene más probabilidades de ser motivo de discriminación e, incluso, persecución, que diversos compromisos individualistas; por ello, es necesario proteger con mayor cuidado el libre

---

<sup>108</sup> STEDH, *Manussakis contra Grecia*, de 26 de septiembre de 1996, par. 47; *Hasan and Chaush contra Bulgaria*, de 26 de octubre de 2000, par. 78.

ejercicio de la religión que los compromisos no religiosos. Este argumento tropieza con dificultades en la era moderna, cuando podemos mirar atrás y ver que uno de los grupos que más ha sufrido en nuestra historia es el de los ateos y no creyentes. Los ateos han experimentado dificultades de muchos tipos, sobre todo en Inglaterra, donde numerosas clases de empleos y de participación política les resultaban totalmente inaccesibles hasta finales del siglo XIX.<sup>109</sup> Por lo tanto, no cabe mantener que el apoyo a la religión sencillamente corrija un mal que las minorías religiosas sufren, o podrían sufrir, y que las personas no religiosas no experimentan. Hemos de estar atentos a los ámbitos en los que un ateo puede tener razones sistemáticas para la objeción de conciencia que tienen una fundamentación ética en vez de religiosa.<sup>110</sup>

Un acercamiento más prometedor a la justificación del acomodo razonable de las convicciones se centra en el contenido de las mismas. Las convicciones atañen a lo que cabría denominar las *cuestiones fundamentales*: las relativas a la vida y la muerte, al significado de la vida, a los fundamentos éticos de la misma, entre otras. Sin embargo, esta fundamentación me parece dogmática, ya que obliga a aceptar que buscar el sentido último de la vida posee un valor intrínseco, lo que se aleja de la obligada neutralidad e imparcialidad que debe respetar el Estado. No obstante, mi planteamiento seguirá una línea similar a ésta.

---

<sup>109</sup> El conocido ateo Charles Bradlaugh fue elegido tres veces para el Parlamento británico, y todas ellas fue expulsado; sólo en 1886, elegido por cuarta vez, se le permitió ocupar su escaño. Estados Unidos ha sido algo mejor, pero la historia de las desventajas vinculadas al ateísmo, muchas de ellas, de acuerdo con las legislaciones estatales, es muy larga.

<sup>110</sup> NUSSBAUM, M., *Libertad de conciencia: el ataque a la igualdad de respeto*, op. cit., p. 172.

Es la facultad con la que toda persona busca el sentido último de la vida lo que tiene un valor intrínseco y es digna de respeto tanto si la persona se sirve de ella bien como si lo hace mal. La facultad se identifica en parte por lo que la persona hace: razona, busca y experimenta emociones de anhelo vinculadas a esa búsqueda, y en parte por su contenido: aborda cuestiones fundamentales, preguntas sobre el sentido último. La facultad, no su objetivo, es la base del respeto político y, por tanto, podemos acordar respetar la facultad sin prejuzgar sobre la cuestión de si hay un sentido que encontrar, o de cómo sería éste. Del respeto que tenemos por la conciencia de la persona, por la facultad de interrogación y búsqueda, se sigue que debemos respetar el espacio necesario para toda actividad que tenga la forma general de búsqueda del sentido último de la vida, excepto cuando la misma viola los derechos de los demás o se topa con un interés estatal de orden superior. El respeto político se dirige, en primer lugar, a una capacidad de las personas,<sup>111</sup> la cual exige tanto desarrollo como ejercicio; no se dirige, excepto de manera derivada, a las funciones desempeñadas por tal facultad. Cabe llegar a un consenso político a cerca de la necesidad de respetar las facultades humanas, sin concordar en absoluto sobre el valor de las actividades específicas que tales facultades desempeñan. Esta explicación respeta a los escépticos y a los dogmáticos antimetafísicos, quienes pueden coincidir con otros ciudadanos en el respeto debido a las capacidades humanas de búsqueda.<sup>112</sup>

---

<sup>111</sup> La teoría de las capacidades de Nussbaum se desarrolla en: *Women and Human Development*, University Press, Cambridge, 2001. [Las mujeres y el desarrollo humano, trad. de R. Heraldo Bernet, Herder, Barcelona, 2002] y *Frontiers of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2006. [Las fronteras de la justicia: consideraciones sobre la exclusión, trad. de A. Santos Mosquera y R. Vilá Vernis, Paidós, Barcelona, 2006].

<sup>112</sup> NUSSBAUM, M., *Libertad de conciencia: el ataque a la igualdad de respeto*, op. cit., p. 175.

En este mismo sentido, que nosotros compartimos totalmente, Viladrich afirmaba: "Es evidente que, desde el ángulo esencial, los derechos fundamentales más importantes son los que expresan las realidades más dignas, más exclusivas o específicas, las que definen al ser humano como persona. Y éstas son aquellas que reflejan su naturaleza de ser racional: aquel ámbito en el que la unicidad e irrepetibilidad de cada persona humana, a través de sus facultades supremas, la inteligencia y la voluntad, se descubre a sí misma y se realiza como mismidad digna y dueña de sí. En ese ámbito de la personalísima y singular racionalidad, en ese ámbito de la propia e inalienable conciencia, el hombre posee el libre albedrío y señorío sobre sí mismo. Y en ese ámbito donde el hombre ejerce los actos más específicamente personales y los proyecta con su conducta al mundo de los demás y de la sociedad, allí es donde puede sufrir las más importantes y radicales ventajas puesto que es ahí donde se actúa la esencia misma de su ser personal".<sup>113</sup>

## **VII. POST-SECULARIDAD: LA CONCIENCIA INDIVIDUAL**

Basándose en la convicción de que existe una continua evolución social hacia una mayor secularización, los defensores del paradigma modernista esperaban la muerte de la religión, incapaz de mantenerse ante los avances de la ciencia y la democratización de la educación escolar. No obstante, aunque las iglesias cristianas fueron perdiendo influencia a lo largo del siglo XX, desde la década de los 90 la persistencia de la creencia religiosa y la reafirmación de

---

<sup>113</sup> VILADRICH, P. J., "Los principios informadores del Derecho Eclesiástico español", en *Derecho Eclesiástico español*, 2ª ed., EUNSA, Pamplona, 1983, pp. 203 y 204.

las filiaciones confesionales como identidades sociales que exigen una participación en el espacio público constituyen un enorme desmentido del paradigma modernista.<sup>114</sup>

La perplejidad de occidente radica en que no se esperaba la vuelta de la religión. No se la esperaba en el resto del mundo porque, iniciada la modernización económica y política (el capitalismo y los Estados nacionales alcanzan todo el globo), se daba por descontado que la modernidad avanzaría en todas sus dimensiones y, desde luego, avanzaría en el sentido de la secularización. Este avance de la secularización se plasmaría en la separación de la religión y el Estado, en la privatización de la práctica religiosa y por último, como colofón, en el declive y desaparición de la creencia religiosa. La paradoja es que esto no está pasando.<sup>115</sup>

Quizá la secularización no sea una teoría de alcance general y sólo sea válida para un período muy determinado de la historia europea. Esta parece ser la posición actual de Berger. Después de haber sido una de las figuras de referencia de la teoría de la secularización, ha abjurado de ella. Es hora de admitir, nos dice, que aunque la modernización ha tenido efectos secularizadores, más en algunos sitios que en otros, también ha provocado poderosos movimientos de contra-secularización. Por ello no hay razón para concentrarse en un supuesto general de secularización, sino en la singular secularidad europea, donde la creencia no ha desaparecido, pero la

---

<sup>114</sup> HELLY, D., “Formas de intolerancia religiosa”, en *¿Hacia una sociedad post-secular? La gestión pública de la nueva diversidad religiosa*, F. Colom González y A. López Sala (coords.), Col. Actas 2, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2011, p. 135.

<sup>115</sup> RIVERO RODRIGUEZ, A., “La vuelta de la religión a la política en Europa”, en *¿Hacia una sociedad post-secular? La gestión pública de la nueva diversidad religiosa*, *op. cit.*, p. 41.

participación es muy baja. Peter Berger ha denominado a esta teoría la *deseccularización* del mundo. Según este autor, la religión recuperó a finales del siglo XX un espacio central en las sociedades modernas. La idea de que vivimos en un mundo secularizado es falsa. El mundo de hoy, con algunas excepciones es tan furiosamente religioso como lo ha sido siempre, y en algunos lugares mucho más aún. Esto quiere decir que todo el corpus literario producido por historiadores y científicos sociales que ha sido etiquetado en términos genéricos como *teoría de la secularización* es esencialmente erróneo.<sup>116</sup>

Otros sociólogos han ido más allá y han tratado de construir un paradigma rival al de la secularización. En esta empresa destaca sobre todo Rodney Stark, quien desarrolló la *teoría económica de la religión* o del *mercado religioso* en torno a los conceptos de demanda religiosa (la práctica y la creencia individual) y oferta religiosa (las distintas iglesias y organizaciones que intentan satisfacer esta demanda). En el caso europeo la verdadera pregunta sería por qué a pesar de las altas tasas de creyentes que las encuestas indican, éstos no ven necesidad de participar con regularidad en las instituciones religiosas. Stark plantea resolver esta incógnita con una serie de axiomas y razonamientos. Para ello parte de la idea de que la variable realmente importante, aquélla que explica las variaciones en el compromiso religioso, es la oferta, la actividad de las organizaciones. Según él, la demanda religiosa agregada se mantiene más o menos constante a través del tiempo y el

---

<sup>116</sup> Vid. BERGER P., *The desecularization of the world: Resurgent religion and world politics*, Eerdmans, Washington DC, 1999.



espacio, aunque a veces sea latente. Los individuos, sin embargo, varían en necesidades y gustos, en religión como en lo demás, por lo que unos demandan mucho compromiso y otros menos. Consecuentemente, no puede haber una única empresa religiosa que pueda dar entera satisfacción a tanta diversidad individual. De lo que se sigue que el estado natural de la religión en todo tiempo y lugar es el de pluralismo religioso, el de diversidad de organizaciones que compiten por creyentes o demandantes religiosos. Históricamente, sin embargo, este estado natural pluralista se ha visto suprimido a menudo en favor de religiones oficiales, que hacían las veces de monopolios religiosos. Ante situaciones de mercado religioso intervenido, los monopolios no tendrían incentivos para atraer a su congregación, cautiva después de todo, y podían descuidar sus labores religiosas sin verse expulsados del mercado. Esto es lo que finalmente explica la situación de apatía religiosa a pesar de que la demanda y la creencia sigan presentes, como los estudios revelan. Su latente demanda religiosa no puede ser satisfecha por unas organizaciones acomodadas. Así podemos explicar que haya tantos creyentes sin pertenencia. Como el mercado religioso ha estado tradicionalmente intervenido, muchos nichos religiosos con demandas específicas han dejado de cubrirse. La apatía religiosa es consecuencia de siglos de regulación religiosa. No es casualidad, nos dice Stark, que donde el clero está mejor pagado por el Estado, como en Alemania y Escandinavia, sea donde podemos esperar tasas más altas de secularización. Contrariamente a lo que Berger creía en un principio, la mejor garantía de vitalidad religiosa la proporcionan situaciones de sano pluralismo competitivo, como lo demuestran tanto la pujanza que el Islam recibe gracias a la pugna entre distintas corrientes

como el renacimiento religioso de América Latina, que debemos atribuir a un emprendedor movimiento evangélico que ha conseguido entrar en un mercado previamente atendido por un adormecido monopolio católico.<sup>117</sup>

Estamos viviendo una modernidad inesperada de la que el retroceso de la secularización forma parte importante. Las expectativas acerca de cómo iba a ser el presente y qué cabía esperar del futuro las cimentó durante décadas la idea de que todas las sociedades irían convergiendo y pareciéndose en último término a las occidentales. Este esquema de cambio social fue el principal aliado de la idea de la secularización. Pero la idea de que hay un modelo maestro de sociedad moderna ha ido progresivamente cayendo en descrédito. En torno a Samuel Eisenstadt fue emergiendo la alternativa de las *modernidades múltiples*, un esquema que entiende que las modernidades actuales dependen íntimamente de la particular trayectoria seguida y que, por tanto, diferentes sociedades desarrollan diferentes tipos de modernidad.<sup>118</sup>

Este parece mejor punto de partida para el análisis de las relaciones entre religión y modernidad, ya que nos libera de la carga teleológica, de la idea de un principio y de un fin prefijado, que subyace a la teoría de la secularización. Estudiarlas desde la pregunta de cómo se están transformando y adaptando a las nuevas realidades de la globalización es mucho más rico y flexible que preguntarnos simplemente si están desapareciendo o no.

---

<sup>117</sup> Vid. STARK, R., *An Economics of Religion*, R. Segal (ed.), Blackwell Publishing, Malden (Massachusetts), 2006, pp. 47 y 68.

<sup>118</sup> EISENSTADT, S., "The new religious constellations in the frameworks of contemporary globalization and civilizational transformation", en *World Religions and Multiculturalism*, Eliezer Ben-Rafael and Yitzhak Sternberg (comps.), Brill Academic Publishers, Leiden (Holland), 2010, pp. 21-40. EISENSTADT, S., "Multiple Modernities", en *Daedalus*, vol. 129, nº 1, The MIT Press (American Academy of Arts and Sciences), 2000, pp. 1-29.

## **VII. 1. El desarrollo de la post-secularidad**

Mientras que la teoría de la secularización dice: a más modernización menos religión, la *teoría de la post-secularidad* es la tesis de la individualización religiosa, e invierte la relación, es decir, parte de que, con la creciente modernización, las religiones no desaparecen, sino que cambian de rostro. La post-secularidad significa la formación y difusión generalizada de una religiosidad que remite progresivamente a la individualización. Este proceso es parte de una tendencia más profunda a la reavivación de la fe en una sociedad en la que las zonas de influencia de las religiones se cruzan y penetran y cuyas condiciones fundacionales son la incertidumbre fabricada de una modernización que transforma sus propias premisas. La *pluralización* de las religiones ha sustituido a la secularización lineal en el día a día de la gente y en todos los ámbitos de la sociedad y la política.<sup>119</sup>

No puede pensarse que las cuestiones religiosas tengan cada vez menos importancia para el individuo, sino que al contrario, el declive de las instituciones religiosas establecidas va de la mano de un incremento de la religiosidad individual.<sup>120</sup> No se atisba el fin de la religión. Lo que ocurre es que renace una anarquía de la fe de nuevo cuño, subjetiva, que cada vez encaja menos en los andamios dogmáticos que ofrecen las religiones institucionalizadas. La unidad de religión y religioso, de religión y creencia se

---

<sup>119</sup> BECK, U., *El Dios personal. La individualización de la religión y el espíritu del cosmopolitismo*, op. cit., pp. 38 y 39.

<sup>120</sup> POLLACK, D. y PICKEL, G. "Religious Individualization or Secularization? Testing Hypotheses of Religious Change: The Case of Eastern and Western Germany", en *British Journal of Sociology*, vol. 58, nº 4, 2008, p. 604.

rompe. Es más, religión y creencia entran en conflicto. Hay que aceptar que la individualización de la fe es una realidad y dejar de llevar luto por aquel tiempo pasado en que los ámbitos donde la religión estaba presente (familias, clases, etnias, estratos sociales, naciones) se encontraban intactos y nítidamente separados entre sí, eran socialmente identificables, y posibilitaban las grandes identidades monoteístas.<sup>121</sup>

En la actualidad, ya se puede decir como algo común que por encima de las fronteras nacionales y religiosas se impone una nueva cultura espiritual que toma prestados, según le parece, sus contenidos y prácticas religiosas de las diversas tradiciones religioso-espirituales de oriente y occidente para reconvertirlas, aderezadas con las sucesivas prácticas psicológicas de moda, en modalidades del *Dios personal*.<sup>122</sup> Ser religioso no implica formar parte de un grupo u organización determinados; más bien indica una determinada *actitud* respecto a las cuestiones existenciales del ser humano en el mundo. El sustantivo *religión* parte de la imagen de una serie de esferas de acción (economía, ciencia, política y también religión) separadas entre sí por fronteras claramente trazadas. El adjetivo *religioso*, en cambio, tiene en cuenta cuán desdibujado y falto de límites está lo religioso con todas sus paradojas y contradicciones, dando así cabida en el horizonte visual a una alternativa sincrética al sustantivo monoteísta *religión*.<sup>123</sup>

---

<sup>121</sup> BECK, U., *El Dios personal. La individualización de la religión y el espíritu del cosmopolitismo*, op. cit., pp. 94 y 95.

<sup>122</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>123</sup> *Ibidem*, p. 59.

## **VII. 2. Sinceridad de la convicción: la clave del acomodo razonable**

La concepción plenamente subjetiva<sup>124</sup> de las convicciones nos hace estimar que, ante la solicitud de un acomodo razonable, la sinceridad de la conciencia sustituye a la ortodoxia, los preceptos, y demás reglas religiosas institucionalizadas, como criterio último de la conducta humana. En este sentido ya Espinosa decía: “Como, además, los hombres son de un natural sumamente variado y uno simpatiza más con estas opiniones y otro con aquellas, y lo que a uno impulsa hacia la religión, a otro le suscita la risa, llego a la conclusión, ya antes formulada: que hay que dejar a todo el mundo la libertad de opinión y la potestad de interpretar los fundamentos de la fe según su juicio, y que sólo por las obras se debe juzgar si la fe de cada uno es sincera o impía”.<sup>125</sup>

Es probable, como pone de relieve Maclure, que la mayoría de las personas se apoyen en razones más o menos explícitas y, sobre todo, que estas razones no formen parte de un sistema de convicciones religiosas o seculares completo y global. No obstante, habrá otras que se remitan a sistemas más totalizadores. Pero con independencia de que sus convicciones profundas sean implícitas o explícitas, sistematizadas o no, desempeñan un papel preponderante en la vida de las personas.<sup>126</sup> Este papel preponderante lo demuestra especialmente la sinceridad de su convicción. La razón por la que

---

<sup>124</sup> Cfr. TAYLOR, C., *Las variedades de la religión hoy*, Paidós, Barcelona, 2003 y *A Secular Age*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 2007.

<sup>125</sup> ESPINOSA, B., *Ética demostrada según el orden geométrico*, Nacional-Orbis Hispamérica, Madrid, 1980, p. 70.

<sup>126</sup> MACLURE, J. I. y TAYLOR, C., *Laicidad y libertad de conciencia*, op. cit., p. 25.

debe respetarse la libertad de cada conciencia individual no es el hecho de que sea objetivamente correcta: los tribunales tendrían entonces que juzgar la verdad de las creencias alegadas, como una suerte de nueva Inquisición. La libertad de conciencia ha de ser respetada porque se la considera un ámbito fundamental de la autonomía individual en las sociedades democráticas, y por consiguiente el ordenamiento jurídico ha determinado que nadie puede interferir en la conciencia de la persona mientras no se pongan en peligro otros intereses jurídicos superiores. Lo que la libertad de religión y de creencia protege es precisamente el derecho a elegir las verdades en las que uno está dispuesto a creer.<sup>127</sup>

El TEDH pone de relieve en distintas sentencias que las creencias y convicciones son personales y subjetivas, que se basan en la sinceridad de la conciencia individual.<sup>128</sup>

Dentro de la órbita canadiense vamos a destacar también dos sentencias de su jurisprudencia por lo esclarecedoras en cuanto a la importancia de la sinceridad de la convicción como elemento determinante para la concesión del acomodo razonable. En primer lugar, el caso *Smart*,<sup>129</sup> planteado por una empleada católica de grandes almacenes, tras una modificación de las leyes de Quebec que permitía la apertura de comercios en cuatro domingos de diciembre. El Tribunal precisaba que, si bien las

---

<sup>127</sup> NAVARRO VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Conflictos entre conciencia y ley: las objeciones de conciencia*, op. cit., p. 257.

<sup>128</sup> STEDH, *Unidad de Moscú del Ejército de Salvación contra Rusia* (nº 72881/01), de 5 de octubre de 2006; STEDH, *Iglesia Metropolitana de Bessarabia y otros contra Moldova* (nº 45701/99), de 13 de diciembre de 2001; STEDH, *Hasan y Chaush contra Bulgaria* (Gran Sala) (nº 30985/96), de 26 de octubre de 2000.

<sup>129</sup> *Smart v. T. Eaton Ltée*, (1993) J.E. 93-446 (T.D.P.Q.).

convicciones de la Sra. Smart sobre el rigor con que ha de observar el domingo no se corresponden con la práctica de la mayoría de los católicos, su misión no es enjuiciar la validez teológica o moral de sus creencias sino sólo su sinceridad, algo, añade, que en circunstancias normales no ha de revestir particular dificultad, y que en este caso no ofrece duda alguna, como de hecho reconocía la empresa demandada. En segundo lugar, el caso *Amselem*,<sup>130</sup> en el que el Tribunal Superior de Canadá se posiciona a favor de la concepción subjetiva o personal de la libertad religiosa en estos términos: "La libertad religiosa garantizada por la Declaración de los derechos y libertades de la persona de Quebec (y la Carta canadiense de derechos y libertades) se entiende como libertad de entregarse a prácticas y mantener creencias que tengan un vínculo con una religión, prácticas y creencias que el interesado ejerza o manifieste sinceramente, según el caso, con el objeto de comunicarse con una entidad divina o en el marco de su fe espiritual, independientemente de la cuestión de saber si la práctica o la creencia está prescrita por un dogma religioso oficial o es conforme con la postura de los representantes religiosos. Esta interpretación es compatible con un concepto personal o subjetivo de libertad religiosa. En consecuencia, el demandante que invoca esta libertad no tiene que demostrar la existencia de una obligación, exigencia o precepto religioso objetivo. Es el carácter religioso o espiritual de un acto el que conlleva la protección, no el hecho de que su observancia sea obligatoria o se considere como tal. El Estado no está en condiciones de actuar como árbitro de dogmas religiosos y no debería convertirse en uno."

---

<sup>130</sup> *Sindicat Northcrest v. Amselem* (2004) 2 S.C.R. 551, 2004 S.C.C. 474.

Gérard Bouchard y Charles Taylor sintetizan de forma concisa y clara las ventajas que se derivan de la concepción subjetiva del término convicción. Hasta hace poco, nos dicen, las personas que solicitaban acomodos por motivos religiosos eran obligadas por los tribunales a demostrar la objetividad de su creencia y de los preceptos u obligaciones que invocaban en apoyo de su solicitud. Este planteamiento ha sido abandonado en la jurisprudencia reciente, que se funda más bien en el criterio de la sinceridad de la creencia. Según este enfoque, los expertos o representantes religiosos autorizados no necesitan confirmar la existencia del precepto invocado por el solicitante. Lo importante para el tribunal es que el solicitante se crea sinceramente obligado a someterse al precepto religioso invocado. Este nuevo planteamiento, fundado en una concepción subjetiva de la religión, ha suscitado diversas críticas relacionadas en particular con el temor de un aumento exponencial del número de solicitudes y con la falta de criterios para evaluarlas. Los tribunales han tenido sus razones para elegir este planteamiento ya que presenta varias ventajas: a) el tribunal no tiene que transformarse en tribunal religioso, ni ser árbitro de desacuerdos entre diversas tradiciones o escuelas; b) la concepción subjetiva evita el peligro que supondría reconocer la opinión mayoritaria en el seno de una comunidad religiosa a expensas de las voces minoritarias que quedarían de este modo marginadas; c) la concepción subjetiva refleja los cambios que están teniendo lugar con relación a la religión, lo cual se traduce a menudo en nuestra época, en una individualización de la creencia (un número cada vez mayor de creyentes conforman su visión del mundo inspirándose en diversas tradiciones religiosas, espirituales y seculares); y d) la concepción



subjetiva permite soslayar el problema prácticamente insoluble que consiste en tratar de definir lo que es o no es una religión.<sup>131</sup>

Partiendo de esta concepción subjetiva defendemos, como manifiesta Navarro Valls, la intangibilidad de las decisiones que afectan al ámbito de la privacidad, la cual incluye tomas de posición en cuestiones morales y legitima a la persona para realizar voluntariamente actos que otras personas pueden considerar absurdos, incomprensibles o denigrantes, ya sea por el acto en sí o por la significación que se le atribuye, y que no necesariamente ha de coincidir con la justificación que impulsa a su autor. Ejemplo paradigmático es el uso del *burka*. Ha de respetarse esa intangibilidad respecto al uso del *burka* o del *niqab* por la misma razón que debe respetarse el recurso voluntario al hábito monacal de hombres y mujeres, y, más allá de lo religioso, a tatuajes, tocados o abalorios de diverso estilo por motivos culturales, étnicos, deportivos, etc. En este ámbito, es el respeto de la voluntad personal lo que ha de predominar, y no la imposición de patrones socialmente admitidos como superiores o más evolucionados. Ciertamente, la real voluntariedad del uso del *burka* o *niqab* por parte de las mujeres puede ser puesta en duda en muchas ocasiones, pero el derecho tiene sus límites, y son evidentes los riesgos potenciales de invadir legítimas esferas de privacidad aun con la loable intención de liberar a la mujer de yugos históricos.<sup>132</sup> Por ello, partiendo de la concepción subjetiva de las convicciones y de la intangibilidad de la privacidad, no podemos compartir ni el

---

<sup>131</sup> BOUCHARD G. y TAYLOR, C., *Construir el futuro. El tiempo de la reconciliación*, op. cit., pp. 56 y 57.

<sup>132</sup> NAVARRO VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Conflictos entre conciencia y ley: las objeciones de conciencia*, op. cit., pp. 382 y 383.

fallo de la STEDH recaído en el asunto *S.A.S. contra Francia*,<sup>133</sup> (valida la ley francesa de 11 de abril de 2010 que prohíbe el uso del burka en espacios públicos) ni el siguiente análisis que se ha hecho por algún sector de la doctrina en torno a la citada sentencia: “llevar el velo integral islámico no está basado en ninguna prescripción coránica. La obligación de llevar el burka no es un precepto religioso. El Corán no hace ninguna mención a él. El uso del burka es problemático porque es un extremismo que desafía nuestros valores occidentales, la democracia, la igualdad de género y la libertad. En los espacios públicos la libertad debe ir acompañada de la libertad de expresión de los símbolos religiosos en la calle y en los lugares públicos. Sin embargo, debe recordarse que un mínimo contacto visual es necesario desde el punto de vista social, humano, cultural y ciudadano. Por estas razones, en combinación con específicas exigencias de seguridad no puede admitirse cualquier prenda que oculte completamente la cara de una persona en un lugar público”.<sup>134</sup>

En definitiva, la sinceridad de la convicción y la libertad de conciencia protegen el derecho a comportarse en la vida de acuerdo con los deberes morales sinceros, enraizados en las propias convicciones y a obtener el acomodo razonable de ese comportamiento.

---

<sup>133</sup> STEDH, *S.A.S. contra Francia*, de 1 de julio de 2014.

<sup>134</sup> ARECES PIÑOL, M. T., “El TEDH valida la ley francesa que prohíbe el uso del burka en espacios públicos”, en *RGDCDEE* n° 37, Iustel.com, 2015, p. 57.

## **El acomodo razonable como técnica de armonización**

**SUMARIO:** **I.** Introducción. **II.** Prácticas de armonización de intereses en conflicto. **III.** El acomodo razonable como respuesta a la objeción de conciencia. **1.** Aplicabilidad directa de la objeción de conciencia. **2.** Ponderación y equilibrio de intereses. **IV.** Origen del concepto de acomodo razonable: origen jurisprudencial. **1.** Exportación del acomodo razonable. **2.** El margen de apreciación nacional. **V.** Presupuestos del acomodo razonable. **1.** Restricción efectiva o lesión del derecho a la libertad de conciencia. **2.** La existencia de una situación discriminatoria. **3.** Los límites del acomodo razonable. **A)** Límites funcionales. **B)** Límites jurídicos. **VI.** El acomodo razonable en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

## I. INTRODUCCIÓN

Este capítulo se dedica al estudio de la pieza clave sobre la que se sustenta la tesis de este trabajo: el acomodo razonable. Presentaremos el acomodo razonable, por un lado, como el instrumento jurídico más adecuado para la gestión de la diversidad cultural, entendida ésta en sentido amplio, así como, en particular, de la diversidad de convicciones, religiosas y seculares; y, por otro lado, como el instrumento jurídico pertinente para garantizar el libre ejercicio del derecho a la libertad de conciencia y que permite dar plena efectividad al mismo.

La situación actual de pluralidad y diversidad de convicciones exige al Estado regular y promover unas condiciones que aseguren que todos los ciudadanos pueden ejercer su derecho a la libertad de religión y de conciencia con la mayor amplitud posible. Si bien, esta misma diversidad implicará en muchas ocasiones la necesidad de adaptar el modo de ejercicio del derecho y afectará en algunos casos a otros derechos, también fundamentales, que se cruzarán con el derecho a la libertad de conciencia, o, en general, a otros intereses jurídicos, colisionando con los mismos. De lo que se trata es de analizar con precisión los intereses jurídicos en conflicto para determinar, *ad casum*, cuál de ellos debe prevalecer. Por muy neutral que una norma legal aparezca *prima facie*, su imposición contra los dictados de la libre conciencia es una restricción de un derecho fundamental. Y recuérdese que, según el

propio art. 9.2 del CEDH, sólo son legítimas aquellas restricciones de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión que, estando previstas por la ley, pueden considerarse medidas necesarias en una sociedad democrática, es decir, aquellas medidas que responden a una necesidad social imperiosa.<sup>135</sup>

Es por ello, debido a los posibles conflictos y colisiones, que se hacen precisas las prácticas de armonización: “Las situaciones que una realidad social como la actual puede generar son siempre más complejas que las que las normas puedan haber previsto, y ello nos obliga a buscar instrumentos que permitan la convivencia en la pluralidad y la garantía de los derechos al mismo tiempo. Es aquí donde encuentran su sentido y justificación las llamadas prácticas de armonización”.<sup>136</sup>

## **II. PRÁCTICAS DE ARMONIZACIÓN DE INTERESES EN CONFLICTO**

Para la exposición de las diferentes prácticas de armonización seguiremos la terminología utilizada en el informe de la Comisión *Bouchard-Taylor* en Quebec,<sup>137</sup> este informe incluye diferentes categorías instrumentales: acuerdos informales, ajustes concertados y acomodos razonables. Todas ellas son técnicas de gestión de situaciones concretas en las que confluyen

---

<sup>135</sup> NAVARRO VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Conflictos entre conciencia y ley: las objeciones de conciencia*, op. cit., p. 45.

<sup>136</sup> RUIZ VIEYTEZ, E. J., *Las prácticas de armonización como instrumento de gestión pública de la diversidad religiosa*, Observatorio del pluralismo religioso en España, Madrid, 2012, p. 7.

<sup>137</sup> Vid. BOUCHARD, G. y TAYLOR, C., *Construir el Futuro. El tiempo de la reconciliación*, Ikuspegi, Guipúzcoa, 2010.

potenciales conflictos o diferencias de percepción basadas en la pertenencia a una determinada identidad cultural o religiosa.

En el acuerdo informal, nos encontramos: “no tanto ante una posible vulneración de un derecho ni ante una discriminación en sentido estricto, como ante situaciones en las que las personas de determinadas creencias o tradiciones pueden sentirse particularmente incómodas o violentas”.<sup>138</sup> No es por lo tanto un problema jurídico en sentido estricto, se trata más bien de un problema de convivencia social. No hay obligación jurídica puesto que tampoco hay lesión de la libertad de conciencia. El acuerdo informal depende de la buena voluntad de las partes implicadas y será normalmente el fruto de un proceso de negociación directa o de una mediación encaminada a disminuir el grado de insatisfacción o disgusto de un grupo de ciudadanos. Son numerosos los casos que podríamos imaginar como ámbitos posibles para la consecución de un acuerdo informal. Lógicamente, no todos los grupos religiosos demandan acuerdos en la misma medida, y tampoco es siempre fácil clarificar los sujetos implicados. Por mostrar un ejemplo ocurrido realmente durante la *crisis de los acomodos* <sup>139</sup> de Quebec que dio lugar a la Comisión *Bouchard-Taylor*, podríamos aludir al acuerdo obtenido en torno a una sede de la YMCA (*Young Men's Christian Association*). En este caso, una comunidad judía jasídica de Montreal expresó su malestar ante el hecho de que el gimnasio de la YMCA, ubicado enfrente de su sede, tuviera paredes acristaladas. Este hecho generaba que los estudiantes de esta comunidad judía tuvieran delante de su

---

<sup>138</sup> RUIZ VIEYTEZ, E. J., *Las prácticas de armonización como instrumento de gestión pública de la diversidad religiosa*, op. cit., p. 18.

<sup>139</sup> Vid. ESTEBAN SÁNCHEZ, V. y LÓPEZ SALA, A. M., “La crisis de los acomodos razonables en Quebec. La comisión Bouchard-Taylor”, en *Revista Internacional de Filosofía Política*, nº 33, Universidad Autónoma Metropolitana, Ciudad de México, 2009, pp. 191 y 209.

sede de modo permanente la imagen de mujeres y hombres en ropa deportiva ejercitándose en el gimnasio. Aunque el disgusto de los responsables de la comunidad judía afectada pudiera ser comprensible desde sus propios parámetros, lo cierto es que el caso no suponía una vulneración de la libertad religiosa de dicha comunidad, ni podía hablarse de discriminación. La entidad YMCA no estaba obligada por tanto a encontrar ninguna suerte de acomodo o arreglo más allá de lo que implica la propia cortesía vecinal o social. Sin embargo, tras conversaciones entre las dos entidades (ambas de naturaleza privada, como puede comprobarse), la YMCA accedió a sustituir los cristales transparentes del exterior que se situaban enfrente de la sinagoga por otros de tipo traslúcido que impedían la visión nítida de las personas que se hallaban en el interior. El cambio de cristales sería sufragado por la propia comunidad judía. Esta solución particular y voluntaria a la incomodidad provocada en una comunidad religiosa por una actividad económico-social perfectamente legítima y no discriminatoria puede ser considerada un ejemplo de acuerdo informal.<sup>140</sup>

El ajuste concertado es otra técnica de armonización ante la cual: “no estamos en presencia de decisiones vinculantes impuestas por una autoridad, sino ante resultados de la voluntad libremente expresada por las personas o grupos concernidos. Ahora bien, la diferencia técnica con respecto a los acuerdos informales es que en este caso nos encontramos ante situaciones en las que sí puede decirse que existe una afección de un derecho fundamental, y por tanto, existe una obligación general de proceder a algún tipo de acomodo”.<sup>141</sup> La solución que así se obtiene no es en sí misma vinculante más

---

<sup>140</sup> El caso está recogido en la misma página de la cita inmediatamente anterior.

<sup>141</sup> *Ibidem*, p. 19.

allá del mismo ajuste, pero en la práctica está adecuando el ejercicio de un derecho fundamental que se veía indirectamente lesionado.

En cuanto a la tercera práctica de armonización a la que hemos hecho referencia al principio, el acomodo razonable, vamos a analizar tres conceptos diferentes, siguiendo para ello a Pierre Bosset, uno de los mayores estudiosos de esta figura en Canadá.<sup>142</sup>

- Un sentido profano en virtud del cual es acomodo razonable toda forma de arreglo dirigido a la gestión de un conflicto, en este caso, religioso. Este es un sentido muy amplio, que abarcaría cualquier práctica de armonización.
- Un sentido genérico, que consiste en la adaptación de una norma jurídica con el objetivo de atenuar o eliminar el impacto que esta norma puede tener sobre un derecho o libertad constitucionalmente protegido, como por ejemplo la libertad de conciencia o de religión. En este caso el acomodo se incorpora a una norma jurídica, o lo que es lo mismo, se positiviza y queda reflejado por escrito en una norma de carácter general. Dentro de nuestro ordenamiento jurídico podemos citar como ejemplo concreto de este tipo de acomodo positivizado, tal y como resalta Cañamares Arribas,<sup>143</sup> el que introduce la propia normativa militar. Las Reales Ordenanzas

---

<sup>142</sup> Vid. BOSSET, P., “Les fondements juridiques et l’évolution de l’obligation d’accommodement raisonnable”, en M. JÉZÉQUEL (dir.), *Les accommodements raisonnables :quoi, comment, jusqu’où ? Des outils pour tous*, Yvon Blais, Québec, 2007.

<sup>143</sup> CAÑAMARES ARRIBAS, S., “Objeción de conciencia y acomodación de las creencias religiosas en las Fuerzas Armadas”, *RGDCDEE*, nº 35, Iustel.com, 2014, p. 12



correspondientes a cada uno de los ejércitos contemplan que los mandos deben conceder a sus subordinados el tiempo necesario para el cumplimiento de sus deberes religiosos, siempre que no se perturbe el servicio ni la organización de las unidades militares.<sup>144</sup> Resulta pertinente citar aquí a Seglers cuando, al hablar de los Acuerdos del Estado español con las confesiones religiosas minoritarias, hace alusión al acomodo en este sentido genérico: “la otra vía de acomodo es aquella que instrumentan los gobiernos a través de acuerdos con las confesiones, actuando éstas a modo de legisladores sociológicos y aquellos convalidando por ley las demandas religiosas convenidas.”<sup>145</sup> Por nuestra parte, es obligado en este punto poner de relieve que, si bien, como se expuso directamente en la Introducción de este trabajo, el objetivo del mismo es la justificación y fundamentación de la necesidad de incorporar una obligación genérica positiva de acomodo razonable, en una futura Ley Orgánica de Libertad de Conciencia, dicha obligación de acomodo se separaría de la existente en los dos ejemplos citados. Primero porque defendemos una obligación genérica de acomodo y no obligaciones específicas para determinadas normas, campos o colectivos. Segundo, porque en ella se incluirían todos los supuestos de acomodo exigidos no sólo por el ejercicio de la libertad religiosa

---

<sup>144</sup> Vid. Artículo 240 del Real Decreto 494/1984, de 22 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra, Artículo 235 del Real Decreto 494/1984, de 22 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas del Ejército del Aire y artículo 438 del Real Decreto 1024/1984, de 23 de mayo, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas de la Armada.

<sup>145</sup> SEGLERS GÓMEZ-QUINTERO, A., “La cláusula multiculturalista y el ejercicio de la libertad religiosa”, en *Laicidad y libertades: escritos jurídicos*, nº 4, Universidad Complutense de Madrid, 2004, p. 213.

sino por el libre ejercicio de la libertad de conciencia, es decir, por convicciones religiosas o seculares.

- Un sentido técnico jurídico: una noción jurídica de origen jurisprudencial. Según esta acepción, el acomodo razonable es una obligación jurídica que deriva del derecho a la no discriminación, consistente en tomar medidas razonables para armonizar una acción o inacción con una determinada demanda de ejercer un derecho, a menos que ello cause una carga excesiva. En este caso, el acomodo no está incorporado a una norma explícitamente, sino que deriva de las normas que garantizan la no discriminación en el ejercicio de otros derechos, particularmente la libertad de religión.

Pese a ser el acomodo razonable una noción jurídica de origen jurisprudencial, nosotros priorizamos en todo caso como verdadera herramienta de total integración, de cohesión social y de respeto por las minorías religiosas, la armonización extrajudicial. En definitiva, se trata de evitar la judicialización de los conflictos religiosos y de conciencia mediante la práctica generalizada del ajuste concertado, previa al conflicto o colisión de derechos; y caso de que se produzca el conflicto, la mediación como vía alternativa de resolución de conflictos.

El recurso a la vía ciudadana a través del ajuste concertado es más positivo para que los ciudadanos aprendan a manejar sus diferencias. Esta vía es un modelo de gestión que permite evitar las demandas judiciales y que hace

posible negociar compromisos favorables a las dos partes con una actitud de reciprocidad.<sup>146</sup>

En este mismo sentido Bouchard y Taylor se manifiestan proclives a favorecer fundamentalmente el recurso a la vía ciudadana y al ajuste concertado y ello, por varias razones: a) es bueno que los ciudadanos aprendan a gestionar sus diferencias y sus desacuerdos; b) esta vía evita congestionar los tribunales; c) los valores que sostienen la vida ciudadana (intercambios, negociación, reciprocidad...) son los mismos que sustentan el interculturalismo. En algunas situaciones, la vía judicial puede ser la única salida, pero conviene evitarla siempre que sea posible. En la vía judicial, las demandas deben plegarse a mecanismos formales codificados que utilizan las partes una contra otra y, que a fin de cuentas, decretan un ganador y un perdedor. La mayoría de las veces, en efecto, los tribunales imponen decisiones. Para lograrlo, a las partes interesadas les conviene llevar la negociación privilegiando un planteamiento que sea a la vez contextual, deliberativo y reflexivo. La dimensión contextual permite tener en cuenta el carácter singular de las situaciones individuales. Mediante la dimensión deliberativa, los actores entablan un diálogo mientras que la dimensión reflexiva les permite demostrar auto-crítica y corregirse si fuera necesario. El punto fuerte de este planteamiento es que puede ser adaptado a diferentes situaciones y que privilegia la responsabilidad de los interlocutores en un espíritu de respeto mutuo y de diálogo. Responde además a la solicitud de algunas partes interesadas y gestores que desean algunas aclaraciones sobre

---

<sup>146</sup> ELÓSEGUI ITXASO, M., *El Concepto Jurisprudencial de Acomodamiento Razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la Gestión de la Diversidad Cultural y Religiosa en el Espacio Público*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, p. 61.

las directrices generales, pero desean conservar un margen de maniobra que les permita tener en cuenta la particularidad de los casos, de los contextos y de los medios.<sup>147</sup>

### **III. EL ACOMODO RAZONABLE COMO RESPUESTA A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA**

La objeción de conciencia continúa siendo una cuestión debatida, tanto en lo que concierne a su definición y naturaleza jurídica como respecto a los supuestos en los que cabe la posibilidad de invocarla como un derecho, no una simple excepción, exonerante del cumplimiento de una obligación legal que se encuentra en conflicto grave y directo con la conciencia y el código moral de los ciudadanos.<sup>148</sup>

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, sobre todo, la Comisión, durante décadas se han negado a reconocer que la objeción de conciencia tiene su fundamento en el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. No obstante, como ya hemos visto, la Sentencia de 7 de julio de 2011, dictada por la Gran Sala en virtud del recurso interpuesto por el Sr. Bayatyan contra el Estado armenio, ha dado lugar a una ruptura radical con esta línea jurisprudencial. A nuestro parecer, la generalización de esta doctrina aparece, en principio, predicable en relación con las objeciones que reúnan los requisitos exigidos en el *Caso Bayatyan*, a saber, la sinceridad de las

---

<sup>147</sup> BOUCHARD, G. y TAYLOR, C., *Construir el futuro. El tiempo de la reconciliación*, op. cit., p. 53.

<sup>148</sup> RUIZ BURSÓN, F. J., “Novedades desde Estrasburgo sobre la objeción de conciencia”, en *RGDCDEE* nº 31, Iustel.com., 2013, p. 2.

convicciones del ciudadano, el conflicto directo e insuperable de las mismas con la obligación impuesta por la norma positiva y el amplio reconocimiento internacional de la misma.

La negativa a vincular la objeción de conciencia con el art. 9 era tanta, que hasta en la primera instancia del Caso *Bayatyan contra Armenia* ante el TEDH <sup>149</sup> se siguió la inercia de no vincular la objeción al Convenio, manteniendo la tesis de que el artículo 9, leído conjuntamente con el 4.3 b), no garantiza el derecho a oponerse a prestar el servicio militar por motivos de conciencia. Sin embargo, a través del voto disidente de la Juez Ann Power, se comienza a vislumbrar la posibilidad de invertir esta posición, sobre la base de la *doctrina del instrumento vivo* y la existencia de un amplio reconocimiento de la objeción al servicio militar en los Estados europeos. Conforme a la *doctrina del instrumento vivo*, fuertemente consolidada en la jurisprudencia de Estrasburgo, el CEDH se aplica como un instrumento que no puede entenderse fosilizado, por ello, debe interpretarse “a la luz de las condiciones de vida actuales y las concepciones que prevalecen actualmente en los Estados democráticos”. <sup>150</sup>

Nosotros pensamos, sin embargo, que no es necesaria en este caso la aplicación de la *doctrina del instrumento vivo*, puesto que entendemos que la objeción forma parte del derecho fundamental a la libertad de conciencia, la valoramos como una genuina manifestación de este derecho fundamental, y, por tanto, “desde un principio ha estado incorporada al art. 9 del CEDH, no

---

<sup>149</sup> STEDH, *Bayatyan contra Armenia*, de 27 de octubre de 2009, dictada por la Sección 3ª.

<sup>150</sup> SSTEDH, *Tyrer contra Reino Unido*, de 25 de abril de 1978; *Kress contra Francia*, de 7 de junio de 2001, y *Christine Goodwin contra Reino Unido*, de 11 de julio de 2002.

estaríamos ante un derecho nuevo, sino ante el ejercicio de uno ya preexistente”.<sup>151</sup>

La libertad de conciencia, en su dimensión interna, viene referida al mundo de las convicciones personales que es un derecho absoluto e infranqueable. Garantiza a toda persona un derecho, que podríamos denominar *positivo*, a conformar su vida de acuerdo con sus propias convicciones y creencias, y por tanto, también a no ser obligado a actuar en contra de las mismas y a negarse a hacerlo, lo que podría llamarse libertad de conciencia *negativa*, incluso cuando esta imposición deriva de una obligación de naturaleza jurídica, si tal actuación atenta gravemente contra sus personales convicciones, sus creencias o su conciencia. En algunos casos, la salvaguarda de este derecho de libertad negativo, que garantiza a toda persona un ámbito de inmunidad, sólo puede hacerse valer mediante el ejercicio de la objeción de conciencia, que cada vez con mayor frecuencia es invocada en la sociedad actual.<sup>152</sup> La objeción de conciencia deriva directamente, tiene su fundamento, en la libertad de conciencia, no es un derecho fundamental autónomo.

En este mismo sentido Navarro Valls dice: “desde nuestro punto de vista es un error creer que toda objeción ha de estar reconocida expresamente en la ley positiva. Lo que solemos llamar objeción de conciencia no es sino una especificación de la libertad de conciencia. Por eso puede decirse que quien objeta, cualquiera que sea el deber jurídico, en principio ejerce un derecho

---

<sup>151</sup> RUIZ BURSÓN, F. J., “Novedades desde Estrasburgo sobre la objeción de conciencia”, *op. cit.*, p. 14.

<sup>152</sup> RUANO ESPINA, L., “La protección de la libertad religiosa ante una posible reforma de la LOLR”, en *RGDCDEE* nº 25, Iustel.com, 2011, p. 15.

fundamental. Este derecho fundamental solamente puede ser limitado después de una seria ponderación de intereses jurídicos en juego.”<sup>153</sup> En relación con esta idea lamentamos la existencia de una cierta deformación legalista, no infrecuente en la cultura jurídica española, según la cual las libertades constitucionales sólo son ejercitables en aquellas de sus dimensiones que han sido expresamente previstas por la ley.

### **III.1. Aplicabilidad directa de la objeción de conciencia**

Resulta imprescindible una revisión de cierta línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional que, en pronunciamientos sobre la objeción al servicio militar,<sup>154</sup> a la prestación social sustitutoria<sup>155</sup> y en el ámbito fiscal,<sup>156</sup> sostenía que el derecho a la objeción de conciencia no procedía del derecho fundamental a la libertad ideológica, religiosa o de culto, reconocida en el artículo 16 CE, a pesar de estar “conectado con el mismo” y resultar una “concreción” de este derecho fundamental, sino que constituía un derecho constitucional autónomo. La principal censura que debe hacerse al Tribunal Constitucional es que no explica de forma convincente por qué razón la objeción de conciencia, aplicación y manifestación concreta de la libertad ideológica y religiosa, tiene una naturaleza jurídica distinta de la de este derecho fundamental.<sup>157</sup>

---

<sup>153</sup> NAVARRO VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Conflictos entre conciencia y ley: las objeciones de conciencia*, *op. cit.*, p. 498.

<sup>154</sup> STC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 3; 161/1987, de 27 de octubre, FJ 2.

<sup>155</sup> STC 321/1994, de 28 de noviembre, FJ 4.

<sup>156</sup> ATC 71/1993, de 1 de marzo, FJ 2.

<sup>157</sup> RUIZ BURSON, F. J., “Novedades desde Estrasburgo sobre la objeción de conciencia”, *op. cit.*, p. 17.

Esta línea jurisprudencial debe considerarse superada tras la sentencia recaída en el *Caso Bayatyan*, siendo además que esta sentencia enlaza con otras de nuestro Tribunal Constitucional, dictadas en los supuestos del servicio militar<sup>158</sup> y de aborto,<sup>159</sup> según las cuales la objeción de conciencia aparece reconocida explícita, art. 30, e implícitamente, art. 16, en nuestra Constitución, constituyendo la objeción parte del contenido de la libertad ideológica, religiosa o de culto y siendo, por tanto, directamente aplicable sin necesidad de *interpositio legislatoris*. Esta línea jurisprudencial queda definitivamente confirmada con la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional.<sup>160</sup> El Pleno del Tribunal Constitucional ha otorgado el amparo a un farmacéutico de Sevilla que fue sancionado por la Junta de Andalucía por no disponer de la llamada *píldora del día después*. El Tribunal considera que, en este caso concreto, la sanción impuesta al demandante vulneró su derecho a la objeción de conciencia como manifestación de la libertad ideológica y religiosa, que la Constitución reconoce en su art. 16.1. Resulta interesante destacar el voto particular de la Vicepresidenta, Adela Asua, como muestra de la renuencia a admitir que la objeción de conciencia se recoge en el art. 16 CE. En su voto manifiesta que el derecho a la objeción de conciencia no puede ser considerado técnicamente como “parte del contenido del derecho a la libertad ideológica”, pues ni la Constitución ni ninguna ley del Parlamento contienen tal reconocimiento. Considera que la sentencia, no se adecúa a la jurisprudencia constitucional ni a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y lleva a cabo un “drástico cambio doctrinal” que “puede traer consecuencias aciagas para nuestro Estado Constitucional de Derecho y, en definitiva, para nuestra

<sup>158</sup> STC 15/1982, de 23 de abril, FJ 6.

<sup>159</sup> STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 14.

<sup>160</sup> STC 145/2015, de 25 de junio.



convivencia”, pues pueden ser muchos “los supuestos afectados por la negativa a cumplir el correspondiente deber jurídico apelando al derecho a la objeción de conciencia, conformado a voluntad de quien esgrime la objeción, sin necesidad de una previsión legal al respecto”.

Si aceptamos que la objeción es una manifestación del derecho constitucional a la libertad de conciencia, se trata de un derecho reconocido ya en la propia Constitución, por lo cual, para su ejercicio, resulta suficiente con su invocación por parte del ciudadano, ya que no cabe la posibilidad de imposibilitar el ejercicio de esta clase de derechos por la falta de *interpositio legislatoris*, únicamente imputable a la voluntad del propio legislador. A tenor de la STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 14: “...como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales”, y a tenor de la STC 15/1982, de 23 de Abril , FJ 8: “Como ha señalado reiteradamente este Tribunal, los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, artículos 9.1 y 53.1 CE, y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos; el hecho mismo de que nuestra norma fundamental en su artículo 53.2 prevea un sistema especial de tutela a través del recurso de amparo, que se extiende a la objeción de conciencia, no es sino una confirmación del principio de su aplicabilidad inmediata. Este principio general no tendrá más excepciones que aquellos casos en que así lo imponga la propia Constitución o en que la naturaleza misma de la norma impida

considerarla inmediatamente aplicable, supuestos que no se dan en el derecho a la objeción de conciencia”.

Siendo clara la posibilidad de la tutela judicial de las objeciones de conciencia, es también indudable, la utilidad de su regulación por vía legislativa en un sistema como el español, perteneciente a una tradición jurídica todavía impregnada de positivismo legalista. Tener respaldo legislativo daría a muchos jueces un sentido de seguridad que no encuentran en la Constitución. De manera que el reconocimiento explícito del legislador vendría a ser una garantía del estatuto jurídico de los objetores de conciencia, en la medida en que subsanaría los efectos negativos de una posible actitud legalista por parte de algunos tribunales. En todo caso, la responsabilidad de los jueces en esta materia no puede ser sustituida por la legislación, que tiene unos claros límites. Primero, el legislador sólo puede regular aquellos supuestos de objeción de conciencia que han adquirido una cierta difusión social, pero la mayoría de los casos habrán de ser afrontados en los tribunales. Segundo, y por una razón análoga, el legislador tiende a llegar tarde pues, hasta que un determinado tipo de objeción alcanza a encontrar su lugar en la legislación, se han producido muchos conflictos concretos que deben ser resueltos por los tribunales. No raras veces es precisamente esa experiencia judicial la que persuade de la necesidad de una legislación e inspira su orientación fundamental. Además, incluso cuando un tipo de objeción ha sido ya disciplinado por la ley, el análisis individualizado de cada conflicto singular en sede judicial continúa siendo necesario, como lo demuestra la abundante litigación en materia, por ejemplo, de objeción al servicio militar, al aborto, al jurado, etc.; también aquí resulta

cierta esa afirmación, tan conocida y tan frecuentemente olvidada, de que la ley no puede prever todas las circunstancias particulares del caso.<sup>161</sup>

En nuestra opinión, una regulación expresa de la objeción de conciencia sería conveniente si la ley adoptara una fórmula amplia y general del derecho a objetar, sólo de esta forma se garantizaría realmente el derecho a la libertad de conciencia y la objeción de conciencia. Regular la posibilidad de objetar en casos concretos podría llevar a una restricción de este derecho, a encorsetarlo, hasta poder asfixiar y obstaculizar su ejercicio.

Pese a que el art. 10.2 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea reconoce expresamente, el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, no es frecuente que los ordenamientos jurídicos nacionales reconozcan directamente y de manera general, la objeción de conciencia como un derecho subjetivo alegable *erga omnes* en sus muy diversas manifestaciones. Hay sin embargo significadas excepciones, una de ellas es el derecho de Portugal. El art. 41.6 de su Constitución, que inicialmente protegía sólo los derechos de los objetores al servicio militar, tras la reforma de 1982 quedó redactado como sigue: “se garantiza el derecho a la objeción de conciencia en los términos establecidos por la ley”. Finalmente la Ley portuguesa de Libertad Religiosa de 2001,<sup>162</sup> en su art. 12, desarrolla el precepto constitucional añadiendo algunos detalles importantes, como la explícita conexión entre la objeción y el derecho

---

<sup>161</sup> NAVARRO VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Conflictos entre conciencia y ley: las objeciones de conciencia*, op. cit., pp. 79 y 80.

<sup>162</sup> Ley portuguesa de Libertad Religiosa, Ley nº 16/2001, de 22 de junio.

fundamental a la libertad de conciencia, así como una definición de cuál es el grado de gravedad de los juicios de conciencia que dan lugar a la protección constitucional. Así se expresa literalmente el art. 12 de la citada ley: “1. La libertad de conciencia comprende el derecho de objetar al cumplimiento de leyes que contraríen los dictámenes inexcusables de la propia conciencia, dentro de los límites de los derechos y deberes impuestos por la Constitución y en los términos de la ley que en su caso regule el ejercicio de la objeción de conciencia. 2. Se consideran inexcusables aquellos dictámenes de la conciencia cuya violación implica una ofensa grave a la integridad moral y que hace inexigible otro comportamiento”.

En todo caso, entendemos que resolver en equidad los conflictos de objeción de conciencia supone en última instancia un proceso de ponderación, un proceso de equilibrio de intereses, que determine cuándo debe prevalecer la opción asumida en conciencia o la adaptación solicitada por motivos de conciencia y cuándo han de primar otros intereses que resulten afectados en esa concreta situación. Es decir, se trataría de aplicar los principios y presupuestos de la técnica del acomodo razonable. Se trata de supuestos poco susceptible de confiarse por entero a una regulación predominantemente legislativa. Los principios teóricos son casi siempre fácilmente identificables en los derechos de libertad. La dificultad estriba en la resolución de las controversias singulares que provoca su ejercicio individual.

### **III.2. Ponderación y equilibrio de intereses**

Comenzaremos realizando una aproximación conceptual a la objeción de conciencia. Pensamos que lo más adecuado es adoptar un punto de vista amplio para definir un concepto general de objeción de conciencia. En tal sentido, se ha dicho que la objeción consiste en el rechazo del individuo, por motivos de conciencia, a someterse a una conducta que en principio sería jurídicamente exigible, ya provenga la obligación directamente de la norma, ya de un contrato, ya de un mandato judicial o resolución administrativa.<sup>163</sup> En un sentido más estricto se entiende que la objeción implica, antes que nada, la preexistencia de un deber legalmente fijado, dirigido a la persona que está vinculada por el mismo; en segundo lugar, frente a dicho deber, la persona tiene razones de conciencia que le impiden rigurosamente actuar conforme a lo que la Ley le exige; y en tercer lugar, la persona decide, valorando esas razones que no quiere, porque no puede moralmente, cumplir con ese deber. Para comprender la objeción de conciencia ha de tenerse en cuenta que sólo pueden apelar a ella quienes tienen una obligación clara y real de realizar una determinada acción jurídica.<sup>164</sup>

Sin embargo, conforme a ese primer concepto más amplio al que hemos hecho referencia se puede admitir que las objeciones de conciencia pueden producirse frente a dos tipos genéricos de obligaciones. En ocasiones, la

---

<sup>163</sup> NAVARRO VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Conflictos entre conciencia y ley: las objeciones de conciencia*, op. cit., p. 37.

<sup>164</sup> ACUÑA GUIROLA, S. “La libertad de conciencia y el poder público”, op. cit., p. 12.

objeción es el rechazo de una obligación que trata de imponerse en términos absolutos: se obligaría a la persona a actuar contra el dictamen de su propia conciencia pues la resistencia al cumplimiento del deber legal es penalmente sancionada, o incluso eliminada mediante coacción física (por ejemplo, la obligación de prestar el servicio militar, o el sometimiento a una transfusión sanguínea u otro tratamiento médico). Otras veces la obligación rechazada por el objetor se impone de manera sólo relativa: el comportamiento rechazado por la conciencia personal no se establece como una obligación ineludible, sino como condición para evitar un perjuicio o para obtener un beneficio al que en principio tendría derecho, de manera que el objetor queda, en realidad, en libertad de comportamiento, aunque en una situación de inferioridad respecto de quienes no comparten su convicción personal (por ejemplo, la negativa a trabajar un día considerado festivo o sagrado por la propia religión, que podría llevar anejo el despido del puesto de trabajo).<sup>165</sup>

Señala Cañamares Arribas que, desde una perspectiva comparada, los tribunales han venido aplicando, para resolver estos supuestos de conflicto o colisión de intereses, una regla de proporcionalidad que parte del reconocimiento de un carácter prevalente de la libertad religiosa frente al cumplimiento de las obligaciones derivadas de normas de carácter general. Tal prevalencia, que es consecuencia de su íntima conexión con la dignidad personal, sólo quiebra cuando la aplicación de estas últimas resulte justificada por la necesidad de atender un interés preponderante del Estado, en cuyo caso se debe garantizar que la libertad religiosa no sea objeto de más

---

<sup>165</sup> NAVARRO VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Conflictos entre conciencia y ley: las objeciones de conciencia*, op. cit., p. 77.

restricciones que las imprescindibles para la protección de dicho interés público.<sup>166</sup> En todo caso, nos parece necesario precisar, que en un supuesto de objeción ante el que se impone un acomodo, no se pondera un interés privado y particular, el del objetor, y un interés público y general, el cumplimiento de la ley, sino que en cuanto la libertad de conciencia es un derecho fundamental, y su protección y plena efectividad es también de interés público, lo que está en juego es una libertad pública esencial, nos encontraremos ante la colisión de dos intereses públicos que es necesario equilibrar. En esta línea entendemos, como apunta Navarro Valls, que desde la perspectiva del Estado, en la medida en que la libertad de conciencia es un derecho fundamental, su protección es, en todos los casos, un interés público sea cual fuere su repercusión social y, además, del máximo rango. Por otra parte, en los casos de objeción de conciencia lo que está en juego realmente no es el interés público representado por la ley, pues el objetor normalmente no pretende que la ley sea derogada, sino solamente ser eximido de su cumplimiento. De manera que el verdadero interés público en conflicto sería aquel que consiste en mantener la aplicación sin fisuras de una norma legal, al cien por cien, sin exención alguna. No se trata tanto del interés general perseguido por la ley sino de la insistencia en la no dispensabilidad de la norma por ninguna circunstancia, ni siquiera ante su colisión con un derecho fundamental.<sup>167</sup>

---

<sup>166</sup> CAÑAMARES ARRIBAS, S., “Objeción de conciencia y acomodación de las creencias religiosas en las Fuerzas Armadas”, *op. cit.*, p.1.

<sup>167</sup> NAVARRO VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Conflictos entre conciencia y ley: las objeciones de conciencia*, *op. cit.*, p. 44.

La teoría del equilibrio de intereses o *balancing test* se formuló jurisprudencialmente en Estados Unidos en tres fases sucesivas:

1º.- La norma estatal debe obstaculizar o generar una lesión efectiva al ejercicio de la libertad religiosa, para lo que la judicatura deberá valorar, por una parte, la sinceridad y la relevancia de la práctica religiosa cuyo ejercicio obstaculiza la norma; y por otra, en qué medida (el grado de interferencia) la norma estatal impide o limita el ejercicio de la libertad religiosa.<sup>168</sup>

2º.- Aplicando la teoría del *compelling state interest*, el tribunal debe determinar cuándo el interés del Estado (que tendrá la carga de la prueba) en que su norma sea efectiva es tan importante como para prevalecer sobre la libertad religiosa en ese caso concreto.

3º.- Es necesario que el Estado no disponga de más soluciones alternativas (*alternative means*) para ejecutar sus normas, que obstaculizar el ejercicio de la libertad religiosa, en cuyo caso deberá utilizar los medios menos restrictivos (*less restrictive means*) para ésta.<sup>169</sup>

Con el *balancing test*, como reconoce Celador Angón, el Estado amplía el alcance y contenido del derecho a la libertad religiosa, el cual pasa a configurarse como un derecho fundamental que protege tanto las creencias y convicciones como sus manifestaciones en la sociedad civil, y cuyo ejercicio no puede ser obstaculizado o limitado, ya sea directa o indirectamente, salvo que el Estado demuestre que su ejercicio colisiona con otro derecho o interés público que deba prevalecer en ese caso concreto.<sup>170</sup>

---

<sup>168</sup> Wisconsin v. Yoder, 406 U.S. 205 (1972), Sherbert v. Verner, 374 U.S. 398 (1963).

<sup>169</sup> Esta doctrina se incorporó al *balancing test* en la sentencia que resolvió el caso Braunfeld v. Brown, 366 U.S. 599 (1961); siendo posteriormente ratificada en la sentencia Sherbert c. Verner, 374 U.S. 398 (1963).

<sup>170</sup> CELADOR ANGÓN, O., *Libertad de conciencia y escuela en Estados Unidos*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 46.



No podemos olvidar, precisamente por ser el objeto específico de la parte segunda de este trabajo, y allí se estudiará detalladamente, que uno de los ámbitos donde más frecuentemente se han planteado objeciones de conciencia es el de las relaciones laborales, ya que los trabajadores pueden verse requeridos, en ocasiones, a llevar a cabo actividades contrarias a sus convicciones o, en su caso, impedidos de cumplir sus obligaciones religiosas. En estos casos, no se debe ignorar que los términos del conflicto cambian diametralmente respecto de aquellos en que se rechaza el cumplimiento de una norma general, en tanto frente al ejercicio de la libertad de conciencia del trabajador no se involucra la protección de intereses públicos sino el interés del empresario en el adecuado desenvolvimiento de su actividad empresarial. Estos casos los enfocamos como supuestos de objeción de conciencia puesto que de acuerdo con la concepción amplia que hemos dado al principio del epígrafe, la conducta del trabajador, en su ámbito laboral, es exigible al mismo jurídicamente en virtud del contrato de trabajo. Estas situaciones de choque o enfrentamiento entre intereses jurídicos diversos deben resolverse de la misma manera que los supuestos de conflicto anteriores, mediante un proceso de ponderación que determine si es posible o no el acomodo razonable.

El análisis jurídico de cada objeción siguiendo el *procedimiento del equilibrio de intereses* ha de realizarse con independencia del contenido concreto de las convicciones invocadas por el objetor. Conviene advertirlo

porque, no pocas veces, el estudio de las cuestiones que plantea la libertad de conciencia se aborda desde una perspectiva más emocional que jurídica con un excesivo énfasis en la afinidad, o falta de afinidad, que puede tenerse con la posición de los objetores. Incluso lo que debería ser un análisis estrictamente jurídico llega a transformarse en un campo de batalla ideológico-político.<sup>171</sup> Y por otro lado, la ponderación y estudio de posible acomodo debe llevarse a cabo *ad casum*; por definición, cualquier solicitud de acomodo o de ajuste se inscribe en un contexto particular que hay que tener en cuenta en el proceso de decisión. Cada solicitud debe, por tanto, ser evaluada caso por caso.<sup>172</sup> Si bien, nos detendremos en el desarrollo de todos los presupuestos del acomodo razonable más adelante.

#### **IV. ORIGEN DEL CONCEPTO DE ACOMODO RAZONABLE: ORIGEN JURISPRUDENCIAL**

Podemos situar el origen remoto del concepto de acomodo razonable en Estados Unidos en la promulgación de la *Civil Rights Act* (Ley de Derechos Civiles) de 1964. Su Título VII denominado *Igualdad de oportunidades en el empleo*, contiene una prohibición de discriminación por motivos de raza, color, religión, sexo o nacionalidad. La sección 703 prevé como prácticas de empleo ilegales para un empresario, aquéllas que sean discriminatorias por razón de los motivos mencionados, salvo que la distinción hecha por alguno de esos motivos obedezca a lo que se denomina una *bona fide occupational qualification* (exigencia profesional justificada). Es decir, en el supuesto

---

<sup>171</sup> *Ibidem*, p. 71.

<sup>172</sup> BOUCHARD, G. y TAYLOR, C., *Construir el futuro. El tiempo de la reconciliación*, op. cit., p. 57.

demostrable por el empresario de que el móvil discriminatorio es un requisito razonablemente necesario para el desarrollo regular de la empresa o negocio en cuestión. En los términos en los que la *Civil Rights Act* prohibía la discriminación, no se preveía la obligación de acomodar por parte del empresario, ni se hacía alusión a ningún tipo de acomodo razonable. Por otra parte, la sección 705 de la *Civil Rights Act* creó la *Equal Employment Opportunity Commission*, (EEOC), (Comisión de Igualdad de oportunidades en el empleo). En 1966 la Comisión publicó unas *guidelines* o recomendaciones que establecían por primera vez, “el deber de los empresarios de acomodar las necesidades religiosas razonables de sus empleados cuando dicho acomodo fuera posible sin inconveniente serio para el desarrollo del negocio”. Un año más tarde, en 1967, la Comisión elevó la barrera de protección. Para liberarse de la obligación de acomodar, no bastaría un serio inconveniente, sino un *undue hardship* (carga excesiva): “El deber de no discriminar por motivos religiosos según el art. 703 de la Ley de Derechos Civiles de 1964, incluye la obligación por parte del empresario de realizar acomodos razonables a las necesidades religiosas de los empleados y futuros empleados siempre que dichos acomodos puedan realizarse sin carga excesiva para la gestión del negocio del empresario.”<sup>173</sup> Deja claro además que es el empresario quien tiene la carga de la prueba de demostrar que el acomodo le supone una carga excesiva.

En 1971, se plantea un caso ante el Tribunal Supremo estadounidense, *Dewey c. Reynolds Metals Company* (el demandante alegaba discriminación

---

<sup>173</sup> *Guidelines on Discrimination because of Religion*, EEOC, 1967.

por motivos religiosos puesto que la empresa le despidió al negarse a realizar horas extraordinarias en domingo). El Tribunal Supremo, dado que no existía una obligación de acomodar con fuerza de ley, no pudo obligar al empresario a aplicar el acomodo razonable, y a ese respecto, el Tribunal declara: “En ningún momento de la vigencia histórica de la ley encontramos algún intento del Congreso de coaccionar u obligar a una persona para acceder a acomodar las demandas religiosas de otra. Este requisito de acomodar las creencias religiosas sólo se contiene en las disposiciones de la EEOC, las que a nuestro juicio, no resultan consistentes con la Ley.”<sup>174</sup> Al año siguiente, y a raíz de este controvertido fallo, el Congreso introdujo una enmienda al Título VII para incorporar definitivamente la obligación de acomodo razonable, tal y como se formulaba en las recomendaciones de la EEOC: “El término “religión” incluye todos los aspectos de la observancia y práctica religiosa, así como la creencia, a no ser que el empresario demuestre que es incapaz de acomodar razonablemente la observancia o práctica religiosa de un empleado o futuro empleado sin carga excesiva para la gestión del negocio”. Así pues, el contexto en el que surgió por primera vez la figura del acomodo razonable fue una demanda por motivos religiosos en el ámbito laboral.

Si bien el concepto se originó como tal en Estados Unidos, ha sido en Canadá donde ha alcanzado su auge y desarrollo, principalmente en la provincia de Quebec. Como señala Ruiz Vieytes, es en Quebec donde “dicha idea encuentra un terreno abonado por el ejercicio de competencias propias en materia de inmigración y por el reconocimiento del mantenimiento de las

---

<sup>174</sup> *Dewey v. Reynolds Metal Company*, 402 U.S. 689 (1971), par. 77.

culturas minoritarias. Encuentra un terreno abonado a partir de la conjunción de tres vectores ideológicos diferentes: El contrato moral de integración de la sociedad quebequesa hacia las personas inmigradas. El principio de justicia social y de solidaridad hacia las personas con necesidades específicas en aras a la plena participación de todos en la vida social. El derecho al mantenimiento de las culturas minoritarias, reconocido en el artículo 43 de la Carta Quebequesa de Derechos de la Persona y, de un modo menos explícito, en el artículo 27 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades”.<sup>175</sup> Este art. 27 adopta una cláusula multiculturalista que obliga a interpretar los derechos y libertades de la Carta respetando el patrimonio multicultural de la sociedad canadiense.

En Canadá, el primer tribunal que utilizó la expresión acomodo razonable fue el Tribunal Supremo, en la sentencia sobre el caso *Simpsons-Sears* (la demandante alegaba que había sido discriminada por motivo de sus creencias religiosas al ser despedida por negarse a trabajar los sábados, día en los que debía cumplir con su observancia religiosa). En la sentencia referida el Tribunal afirma: “En el caso de discriminación basada en el credo provocada por el efecto de una condición o norma racionalmente relacionada con el desempeño del trabajo y no directamente discriminatoria [...] la norma de trabajo no es anulada, pero debe considerarse el efecto sobre el demandante [...] y requerirse del empresario algún tipo de acomodo [...]. Le incumbe al empresario hacer un esfuerzo razonable para acomodarse a las necesidades religiosas del empleado, excepto en caso de carga excesiva

---

<sup>175</sup> *Vid.* RUIZ VIEYTEZ, E. J.; “Acomodo razonable y diversidad cultural: valoración y crítica”, en *Derechos humanos, migraciones y diversidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 65-103.

para la gestión del negocio. No hay disposición legal específica en el Código (se refiere al Código de derechos humanos de Ontario). Por lo tanto, el vacío legal está en el Código, y la pregunta es: ¿debemos importar esta doctrina para colmarlo?<sup>176</sup> Así se construyó jurisprudencialmente la figura del acomodo razonable, para salvar la discriminación indirecta producida por una norma aparentemente neutra y acorde con las leyes, como es un contrato de trabajo cuya jornada incluye los sábados. Finalmente, en este caso, el Tribunal Supremo canadiense revoca los fallos de los tribunales inferiores y afirma que el empresario no ha cumplido con la carga de probar que el acomodo le supone una penalidad injusta. A partir de esta sentencia pionera, la figura del acomodo razonable se ha ido consolidando en la jurisprudencia canadiense, especialmente en la provincia francófona de Quebec, convirtiéndose en el instrumento jurídico pertinente para proteger el principio de igualdad y evitar la discriminación indirecta.

En el I Congreso Internacional sobre gestión del pluralismo religioso que tuvo lugar en Madrid,<sup>177</sup> Pierre Bosset se pronunciaba positivamente sobre la posibilidad de aplicar la experiencia de Canadá a otros países, y dado que compartimos esa posibilidad, reproducimos aquí literalmente las palabras del citado autor en el Congreso: “evaluar la relevancia del *enfoque canadiense* sigue siendo una cuestión difícil, comparativamente hablando. Por un lado, los enfoques legales relativos a la discriminación pueden ser específicos de cada país y a menudo pueden reflejar diferentes culturas jurídicas. Las políticas estatales hacia la diversidad también pueden reflejar la naturaleza de las

---

<sup>176</sup> *Ontario (Human Rights Commission) v. SimpsonsSears* (1985), 2 S.C.R. 536, de 17 de diciembre, par. 20.

<sup>177</sup> I Congreso Internacional sobre gestión del pluralismo religioso. Madrid, 30 y 31 de enero de 2014.

relaciones históricas con la inmigración, las religiones establecidas, el pasado colonial, etc. Pero, por otro lado, el compromiso moderno de los Estados con los derechos humanos, combinado con el carácter flexible y cada vez más globalizado de los conceptos jurídicos, sugieren que el enfoque canadiense en desarrollo relativo a la diversidad religiosa se puede considerar pertinente para otros países.”<sup>178</sup>

#### **IV. 1. Exportación del *acomodo razonable***

Vista la utilización del acomodo razonable como instrumento jurídico en el contexto canadiense, es conveniente que nos planteemos si el mismo puede ser transportado a otros ordenamientos o si podemos encontrar base jurídica para su utilización en las sociedades europeas. De alguna manera, nos estaríamos preguntando si cabe pensar en la circulación de las ideas jurídicas, en este caso, del acomodo razonable, como un instrumento que nos acerca a una progresiva globalización del Derecho, en particular de los derechos humanos.<sup>179</sup> Como tal, la idea de acomodo razonable no parece existir a primera vista en el Derecho internacional de los Derechos Humanos, aunque tampoco se proscribe. A priori, como apunta Megret, no resultaría impensable que la interpretación de la noción de *proporcionalidad*, que se exige a toda restricción de derechos, pudiera acercarnos a la técnica del acomodo razonable. Se podría pensar que una ley o una práctica podrían ser

---

<sup>178</sup> BOSSET, P., “La política y legislación canadiense sobre libertad religiosa ¿lecciones para otros países?” en *I Congreso Internacional sobre gestión del pluralismo religioso. Resumen de intervenciones*, Observatorio del pluralismo religioso en España, Madrid, 2014, p. 38.

<sup>179</sup> *Vid.* BOSSET, P., “Droits de la personne et accommodements raisonnables: Le droit est-il mondialisé?”, en *Revue interdisciplinaire d’études juridiques*, nº 62, FUSL, 2009.

tildadas de no proporcionales respecto al objetivo legítimo buscado por la restricción si no permite o si no obliga a una forma de acomodo razonable.<sup>180</sup>

A la hora de analizar esta cuestión, nos fijaremos principalmente en los dos grandes ámbitos de protección internacional de derechos humanos que nos afectan: el ámbito universal, atendiendo fundamentalmente a las posiciones del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, y el sistema regional europeo, con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. En términos generales puede decirse que el Comité de Derechos Humanos parece receptivo a la idea de acomodo razonable, a diferencia de lo que sucede con el Tribunal Europeo. En efecto, el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos y el Comité de Derechos Humanos no se interesan tanto por las relaciones existentes entre Estado e Iglesia, sino por asegurar que se garantizan los derechos reconocidos en los artículos 18 y 27. A partir de la no discriminación y del respeto a los derechos fundamentales, en Naciones Unidas se deja las manos libres a los Estados para organizar sus relaciones con las religiones.<sup>181</sup> El sistema universal tendría una visión más holista que relaciona estrechamente los llamados derechos de primera y segunda generación. Ello hace que esté mejor dispuesto para entender el impacto del no acomodo sobre otros derechos también afectados.<sup>182</sup> Por el mismo enfoque holista, el Comité se muestra poco sensible a las particularidades nacionales, adoptando una visión más universalista en la

---

<sup>180</sup> MEGRET, F., “Le Canada à la pointe de la tolerance? L’accommodement raisonnable à l’aune du droit international des droits de la personne”, en *La religion, le droit et le raisonnable*, J. F. Gaudreault-Desbiens (dir.), Themis, Montreal, 2008, p. 8. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=1265583>

<sup>181</sup> BOSSET, P., “Droits de la personne et accommodements raisonnables: Le droit est-il mondialisé?”, *op. cit.*, p. 10.

<sup>182</sup> *Ibidem*, p. 22.



interpretación de los derechos.<sup>183</sup> Todo ello genera un terreno más proclive a la recepción del acomodo razonable en el sistema universal y para relegar el argumento de las especificidades nacionales a la hora de interpretar derechos como el de libertad religiosa y de conciencia. Una muestra de ello es la Recomendación del Comité de Derechos Humanos a Francia de reexaminar la Ley de 2004, que prohíbe los signos ostensibles religiosos en los centros públicos, a la luz de los derechos garantizados en el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.<sup>184</sup> El mismo Comité también ha señalado que toda diferenciación no constituye una discriminación si está fundada sobre criterios razonables y objetivos y si el fin es legítimo en relación con el Pacto.<sup>185</sup> Ello ayuda a entender que un tratamiento diferenciado con el objetivo de maximizar la libertad de religión no constituiría discriminación.<sup>186</sup> Por su parte, Europa muestra mayor recelo de los acomodados. Se entiende, generalmente, que los acomodados corresponden a la esfera privada, pero sin obligar al Estado, que supuestamente garantizaría así su neutralidad. En Europa se acepta una laicidad más extrema como límite a la libertad de religión, llegando a establecer una fuerte ecuación entre esta idea de laicidad y la de la democracia, en particular en determinados contextos nacionales.<sup>187</sup>

En el sistema europeo de protección de los derechos humanos resulta clave la interpretación de lo que puedan ser “medidas necesarias en una

---

<sup>183</sup> MEGRET, F., “Le Canada à la pointe de la tolerance? L’accommodement raisonnable à l’aune du droit international des droits de la personne”, *op. cit.*, p. 18.

<sup>184</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, documento CCPR/C/FRA/CO/4 (2008), párrafo 23. En la misma línea, COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, documento CRC/C/15/Add.240 (2004), párrafos 25 y 26.

<sup>185</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observación general n°. 18, documento CCPR/10/11/89 (1989), párrafo 13.

<sup>186</sup> MEGRET, F., “Le Canada à la pointe de la tolerance? L’accommodement raisonnable à l’aune du droit international des droits de la personne”, *op. cit.*, p. 10.

<sup>187</sup> *Ibidem*, p. 19.

sociedad democrática”, tal como establece el art. 9.2 CEDH. Las limitaciones de la libertad de religión deben ser necesarias en una sociedad democrática para poder ser admitidas. En este marco, el llamado *margen de apreciación nacional* cobra una importancia capital.<sup>188</sup> El problema que detectamos es que, en virtud de este margen de apreciación, cada Estado puede decidir el marco de reglamentación del fenómeno religioso demasiado libremente, siendo que se trata de un derecho universal. Consideramos que la libertad de conciencia no puede quedar a merced de un contexto nacional determinado.

#### **IV. 2. El margen de apreciación nacional**

Doctrinalmente, se ha definido el margen de apreciación como “la medida de discrecionalidad permitida a los Estados miembros sobre la forma en que aplican los niveles del Convenio, teniendo en cuenta sus propias circunstancias y condiciones nacionales particulares”<sup>189</sup>; para Greer, en el mismo sentido, el margen de apreciación consiste en “el espacio de maniobra que las instituciones de Estrasburgo están dispuestas a conceder a las autoridades nacionales en el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos”,<sup>190</sup> por su parte, Legg, desde un peculiar punto de vista, considera que el margen de apreciación, en el ámbito del ordenamiento internacional sobre los derechos humanos, es la práctica judicial de valorar el razonamiento de un concreto Estado en un determinado

---

<sup>188</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>189</sup> ARAI-TAKAHASHI, Y., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Antwerpen-Oxford-New York, 2001, p. 2.

<sup>190</sup> GREER, S., *The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, Strasbourg, 2000, p. 5.

caso sobre la base de uno o más de tres factores externos: la legitimidad democrática, la práctica común de los Estados, y la pericia.<sup>191</sup>

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos incorporó a su jurisprudencia la doctrina del margen de apreciación en el caso *Lawless contra Irlanda*.<sup>192</sup> Sin embargo, habría que esperar hasta la sentencia sobre el caso *Handyside* para que el Tribunal formulase, de una forma explícita y detallada, dicha doctrina. Para fundamentar la misma, el Tribunal partió de la base de que la protección establecida en el Convenio tiene un carácter subsidiario respecto de los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos. Debido a ello, las autoridades estatales, gracias a sus contactos directos y constantes con las fuerzas vivas de sus países, están en principio mejor situadas que el juez internacional para pronunciarse con carácter previo sobre el contenido preciso de las exigencias impuestas para asegurar el disfrute de los derechos y libertades consagrados en el Convenio, así como para establecer las restricciones o sanciones precisas para darles una respuesta.<sup>193</sup>

Sin embargo, el margen de apreciación nacional no es ilimitado, sino que está subordinado a la supervisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Como ha señalado este órgano jurisdiccional, esta supervisión “afecta a la finalidad de la medida litigiosa y a su necesidad. Afecta tanto a la ley en que se basa como a la decisión que la aplica, incluso cuando emana de

---

<sup>191</sup> Vid. LEGG, A., *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

<sup>192</sup> STEDH, *Lawless contra Irlanda*, de 7 de abril de 1961 y de 1 de julio de 1961; sobre estas sentencias, cfr. JACOBS, F. G. and WHITE, R. C. A., *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1996, pp. 84 y ss.

<sup>193</sup> STEDH, *Handyside contra Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976, par. 48.

una jurisdicción independiente”.<sup>194</sup> En la sentencia sobre el caso *Sunday Times* el Tribunal concretó su función supervisora, manifestando que ésta no se reduce sólo a determinar si el Estado demandado ha ejercido su potestad discrecional de forma objetiva, escrupulosa y de buena fe. Por el contrario, incluso el Estado que ha obrado así está sujeto al control del Tribunal respecto de la compatibilidad de su conducta con los compromisos aceptados en virtud del Convenio.<sup>195</sup>

La supervisión del margen de apreciación guarda estrecha relación con el principio de proporcionalidad, aunque la finalidad de ambos sea de distinto signo. El fin del margen de apreciación es garantizar a los Estados un ámbito de discrecionalidad en la aplicación de los niveles de protección establecidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por su parte, el principio de proporcionalidad está dirigido a comprobar la justificación de las injerencias de los Estados en los derechos garantizados en el Convenio, para evitar que no establezcan mayores limitaciones que la estrictamente necesarias.<sup>196</sup>

El principio de proporcionalidad fue introducido por la sentencia sobre el Caso Lingüístico Belga, la cual manifestó que “el artículo 14 se ve también violado cuando resulta claramente que no existe una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida”.<sup>197</sup> El principio de proporcionalidad es por tanto, igual que la doctrina del margen de apreciación, una creación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de

---

<sup>194</sup> *Ibidem*, par. 49.

<sup>195</sup> STEDH, *Sunday Times contra Reino Unido*, de 26 de abril de 1979, par. 59.

<sup>196</sup> LEGG, A., *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, op. cit., p. 178.

<sup>197</sup> STEDH, caso lingüístico belga, de 9 de febrero de 1967, par. 10.

Derechos Humanos. Con el fin de determinar la razonabilidad de esa relación entre medios y fines, el Tribunal deberá realizar en cada caso concreto una cuidadosa comprobación de todas las circunstancias relevantes, empleando para ello un adecuado test de proporcionalidad.<sup>198</sup>

Como señalábamos en el apartado inmediatamente anterior, una de las cuestiones que nos parecen más preocupantes, en torno a la aplicación del margen de apreciación, es que ésta viene condicionada por el principio de remisión que hace el TEDH a las realidades sociales concretas existentes en el país donde las normas del Convenio tengan que ser aplicadas. Realidades específicas, que pueden dar lugar a una aplicación amplia o restrictiva del margen de apreciación. Una muestra de la diferente incidencia de los peculiares contextos sociales en la aplicación del margen de apreciación es el distinto significado de la laicidad en Turquía y en Italia respecto de los símbolos de significado religioso. Así, en Turquía la laicidad conlleva la prohibición de llevar el pañuelo islámico en los centros docentes públicos, mientras que en Italia no impide la presencia de símbolos religiosos en este tipo de centros.<sup>199</sup> Como apunta Elósegui Itxaso: “El TEDH concede mucha importancia al legislador nacional, conforme a la idea de evitar una indebida injerencia del TEDH en asuntos internos de los Estados contratantes del CdE y de respetar así las soberanías nacionales, mientras no haya una violación clara de un

---

<sup>198</sup> La comprobación estricta, establecida en la sentencia sobre el caso Handyside contra el Reino Unido, consiste en un test de cuatro preguntas: ¿Existe una necesidad social apremiante para alguna restricción del Convenio?; Si es así, ¿corresponde la particular restricción a esta necesidad?; Si es así, ¿es una respuesta proporcionada a esa necesidad?; En cualquier caso, ¿son las razones presentadas por las autoridades relevantes y suficientes?; sobre este punto, cfr. Council of Europe, *The Margin of Appreciation*, [www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork)).

<sup>199</sup> MARTÍN SÁNCHEZ, I., “Uso de símbolos religiosos y margen de apreciación nacional en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *RGDCDEE* nº 35, Iustel.com, 2014, p. 15.

derecho contemplado en el Convenio (...) Pero todo ello ha de hacerse compatible con la búsqueda de la justicia y de unos estándares mínimos comunes de los derechos humanos”<sup>200</sup>.

Del caso *Sahin* resultó que la laicidad turca no es contraria al Convenio: “La Corte considera que esta noción de laicidad es consistente con los valores que subyacen al Convenio. Cree que sostener tal principio, que es indudablemente uno de los principios fundamentales del Estado turco y que está en armonía con el Estado de Derecho y con el respeto de los derechos humanos, puede ser considerado necesario para proteger el sistema democrático en Turquía”.<sup>201</sup>

También se convalidó el principio de laicidad tal como es aplicado en el cantón de Ginebra, Suiza, en el caso *Dahlab*,<sup>202</sup> y la misma conclusión aparece en el caso *Dogru* respecto de la laicidad francesa: “La Corte también nota que en Francia, como en Turquía o en Suiza, la laicidad es un principio constitucional, y un principio fundacional de la República, al que la totalidad de la población se adhiere y cuya protección aparece como de primera importancia, en particular en las escuelas (...) Teniendo en cuenta el margen de apreciación que debe ser dejado a los estados miembros en relación con el establecimiento de las delicadas relaciones entre las iglesias y el Estado, la

---

<sup>200</sup> ELÓSEGUI ITXASO, M., *El Concepto Jurisprudencial de Acomodamiento Razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la Gestión de la Diversidad Cultural y Religiosa en el Espacio Público*, op. cit., p. 241.

<sup>201</sup> STEDH, *Leyla Sahin contra Turquía* (Gran Sala), de 10 de noviembre de 2005, par. 114. Véase también STEDH, *Köse y otras 93 personas contra Turquía*, de 24 de enero de 2006, decisión de inadmisibilidad.

<sup>202</sup> STEDH, *Dahlab contra Suiza*, de 15 de febrero de 2001, decisión de inadmisibilidad.

libertad religiosa reconocida y restringida por las exigencias de la laicidad resulta legítima a la luz de los valores subyacentes al Convenio.”<sup>203</sup>

La Gran Sala del TEDH en el caso *Lautsi* dice: “Según la Corte, la decisión de perpetuar o no una tradición corresponde en principio al margen de apreciación del Estado demandado. La Corte tiene además que tener en cuenta el hecho de que Europa se caracteriza por una gran diversidad entre los Estados que la componen, particularmente sobre el plano de la evolución cultural e histórica (...) Desde este punto de vista, es cierto que al establecer la presencia del crucifijo en las aulas de las escuelas públicas se referencia indudablemente al cristianismo y la reglamentación educativa da a la religión mayoritaria del país una visibilidad preponderante en el ambiente escolar. Sin embargo, esto no alcanza en sí para caracterizar la situación como un caso de adoctrinamiento por parte del Estado demandado.”<sup>204</sup>

Por la misma época en la que el Tribunal analizaba el caso de los crucifijos en las aulas, llegó a sus estrados una demanda relativa a la presencia de crucifijos en los tribunales de justicia griegos (casos *Dimitras y otros I*; *Dimitras y otros II*; *Dimitras y otros III*).<sup>205</sup> La Corte de Estrasburgo, sin embargo, no entró a analizar a fondo la cuestión porque consideró que los demandantes no habían sufrido ningún perjuicio. Estos invocaban la violación no de la libertad religiosa sino de la imparcialidad de los tribunales de justicia (art. 6 del

---

<sup>203</sup> STEDH, *Dogru contra Francia*, de 4 de diciembre de 2008, par. 72.

<sup>204</sup> STEDH, *Lautsi contra Italia* (Gran Sala), de 18 de marzo de 2011, par. 68.

<sup>205</sup> STEDH, *Dimitras y otros contra Grecia I*, de 3 de junio de 2006; *Dimitras y otros contra Grecia II*, de 3 de noviembre de 2011; *Dimitras y otros contra Grecia III*, de 8 de enero de 2013.

Convenio) sin embargo, según el criterio del TEDH no podían demostrar que en razón de esa sola presencia de crucifijos hubiesen sufrido un perjuicio; y de acuerdo con la jurisprudencia de Estrasburgo no existe en el sistema del Convenio una acción popular que pueda ser ejercitada por cualquier persona, sino que es necesario que quien ejercita la acción pueda demostrar haber sufrido un perjuicio directo.

En cualquier caso, teniendo en cuenta el precedente *Lautsi*, la respuesta del Tribunal habría sido probablemente la de la ausencia de violación del art. 9. Creemos que la decisión de la Gran Sala decepciona por simplista. Pensamos, como hace ver Arlettaz, que la Gran Sala “descarta demasiado rápidamente la existencia de una violación de la libertad de los alumnos o de sus padres, no considera seriamente la cuestión de la igualdad religiosa y se despacha por la vía más fácil de dejar la cuestión dentro de la discrecionalidad estatal. El criterio de igualdad utilizado por el Tribunal en *Lautsi* parece ser un criterio de igualdad proporcional: dar más a quien más tiene. Si la Iglesia católica es la mayoritaria en Italia, esto justifica que se le dé un trato más favorable que a otros grupos religiosos. Sin embargo, este criterio no tiene en cuenta (lo que se corresponde con la incompleta concepción de la neutralidad que sostiene el Tribunal) que el trato de favor dado a la Iglesia católica es una afrenta a la imparcialidad del Estado y provoca cierta indiferenciación institucional entre éste y la Iglesia.”<sup>206</sup>

---

<sup>206</sup> ARLETTAZ, F., *Religión, libertades y Estado: Un estudio a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, op. cit., p. 185.



## V. PRESUPUESTOS DEL ACOMODO RAZONABLE

Dado que, como ya ha quedado expuesto, el objetivo específico que formulamos en este trabajo es la introducción, de *lege ferenda*, de una obligación genérica positiva de acomodo razonable, conviene indicar, antes de comenzar el estudio de los presupuestos que determinarán que dicha obligación sea exigible, que se trata en todo caso de una obligación de *medios*. Así, tal como advierte Ruiz Vieytez: “el acomodo razonable implica en cualquier caso una obligación de medios, no de resultados. Lo jurídicamente relevante es, por tanto, probar que se han puesto los medios necesarios para evitar la discriminación, haciendo un esfuerzo real y suficiente para ello, aunque el resultado obtenido pueda no haber sido el pretendido debido a otras razones circunstanciales.”<sup>207</sup> Pero además, no es una obligación que recaiga unilateralmente sobre el empresario, si nos referimos al ámbito laboral, sino que es un deber recíproco. En efecto, el *legal duty to accommodate* entraña una obligación de negociación recíproca y de buena fe, para lograr el resultado que más satisfaga a ambas partes. Nace en forma de carga: la carga de probar que no se puede reparar la discriminación, o que su reparación supone una carga excesiva para quien tiene el deber de acomodo. Por lo tanto es una obligación de medios, no de resultados; debe probarse la negociación y la

---

<sup>207</sup> RUIZ VIEYTEZ, E. J., “Crítica del acomodo razonable como instrumento jurídico del multiculturalismo”, en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 18, 2009, p. 9.

búsqueda de soluciones alternativas para acomodar la diferencia, aunque finalmente no se encuentren.<sup>208</sup>

El deber jurídico de acomodo razonable implica siempre analizar cada caso en concreto; estudiar la relación de la conducta reclamada con el derecho fundamental de libertad de conciencia, realizar un esfuerzo por ponderar y acomodar los distintos intereses en conflicto proponiendo soluciones satisfactorias para todas las partes implicadas. La flexibilidad que requiere una técnica jurídica como la del acomodo nos lleva a hacernos reflexionar sobre la idea de la seguridad jurídica. Por nuestra parte aceptamos la posibilidad de que en la actualidad, el Derecho no pueda cumplir con el mismo rigor con su tradicional función de dar certeza y seguridad, puesto que la existente y cambiante complejidad, le resta eficacia como instrumento de previsión social. Por eso, como apunta Ruiz Vieytez, hoy en día, tenemos derechos garantizados por el ordenamiento, pero no siempre tenemos una idea totalmente certera de lo que realmente significan en cuanto a su ejercicio, puesto que el cambiante contexto social y cultural obliga a una adaptación permanente de dicho ejercicio. Nos vemos obligados a interpretar los derechos una y otra vez, caso por caso, en atención a las circunstancias objetivas y subjetivas que concurren, lo que disminuye el poder de definición de las normas positivas. Quizás por ello, la técnica del acomodo razonable nos viene desde países que siguen el modelo de la *common law*, con una idea del

---

<sup>208</sup> JÉZÉQUEL, M., “L’obligation d’accommodement raisonnable: ses potentiels et ses limites” en *Accommodements institutionnels et citoyens: cadres juridiques et politiques pour interagir dans des sociétés plurielles, Tendances de la cohésion sociale*, nº 21, Conseil de l’Europe, Bruxelles, 2010, pp. 21-36.

Derecho más casuística, que deja paso a la negociación permanente entre quienes configuran en cada caso el contexto social.<sup>209</sup>

Pasamos a examinar, desde el contexto canadiense, un ejemplo genuino de acomodo razonable realizado casuísticamente. Ante un mismo símbolo religioso de la misma religión, en función de las circunstancias, el acomodo no se considera razonable en un caso y en otro sí.

Las medidas de seguridad han sido estimadas como motivo suficiente para justificar la prohibición de ciertos símbolos religiosos, que entrañan un peligro potencial en ciertas circunstancias, y que los tribunales analizan cuidadosamente. Un ejemplo de ese modo de proceder es la sentencia recaída en el caso *Nijjar*,<sup>210</sup> una decisión de 1999 del Tribunal Canadiense de Derechos Humanos, que se refería a la negativa a permitir que el pasajero de un avión subiese a la cabina con un *Kirpan* sij de ciertas características. El Tribunal aceptó el razonamiento de la compañía aérea tomando en consideración especialmente dos factores. Primero, que el demandante no había demostrado que llevar un *Kirpan* que se ajustara a las normas de la aerolínea fuera incompatible con sus convicciones; al contrario, parecía que su exigencia respondía a una preferencia personal más que a las creencias religiosas de los sijes. Y segundo, que el acomodo de creencias religiosas está limitado por la singularidad del avión como espacio humano: un entorno donde las condiciones de seguridad son esenciales, donde no hay fácil acceso a servicios médicos o policía, y donde no existe una relación estable entre los

---

<sup>209</sup> RUIZ VIEYTEZ, E. J., “Crítica del acomodo razonable como instrumento jurídico del multiculturalismo”, *op. cit.*, p. 20.

<sup>210</sup> *Nijjar v. Canada 3000 Airlines Ltd.*, (1999) C.H.R.D. n° 3 (QL).

responsables de la seguridad y la persona que reclama el acomodo, que permita una evaluación detallada de las circunstancias (de hecho, el Tribunal calculaba que el personal de la compañía aérea encargado del embarque apenas tenía contacto con los pasajeros durante un tiempo máximo de minuto y medio). Esa misma clase de planteamiento, no obstante, cuando las circunstancias son distintas, ha movido a los tribunales canadienses a decidir en sentido contrario. Así, un *board of inquiry* de Ontario declaraba en 1981 que las normas de seguridad de un hospital han de ceder ante las creencias religiosas si se puede buscar un acomodo razonable. En concreto, respondiendo a la demanda de un sij a quien se había prohibido el ingreso en el hospital para efectuar unas pruebas médicas a menos que se despojara de su *Kirpan*, se ordenaba al hospital que en lo sucesivo debía permitir a los sijs conservar ese objeto religioso durante su estancia en el centro, siempre que no superase unas dimensiones razonables.<sup>211</sup>

### **V. 1. Restricción efectiva o lesión del derecho a la libertad de conciencia**

Para demostrar que una norma restringe su libertad de conciencia, una persona tiene que probar que le obliga a hacer aquello que sus creencias le prohíben, le impide respetar un precepto importante de su código moral o, aunque no se lo impida, le entraña dificultades importantes para hacerlo.<sup>212</sup>

Deberá demostrar que se trata de una restricción o limitación real y no de una

---

<sup>211</sup> *Singh v. Workmen's Compensation Board Hospital Rehabilitation Centre* (1981), C.H.R.R. D/459.

<sup>212</sup> WOEHRLING, J., "Les principes régissant la place de la religion dans les écoles publiques du Québec", en *Les accommodements raisonnables: quoi, comment, jusqu'où? Des outils pour Tous*, M. Jézéquel (dir.), Yvon Blais, Québec, 2008, p. 226.

interferencia sencillamente trivial o insustancial. Así, si el derecho a la libertad de conciencia entra en conflicto con normas jurídicas neutras, las autoridades públicas, o en su caso privadas, tendrían la obligación de acomodar o adaptar la aplicación de dicha norma, a menos que puedan demostrar que tal acomodo causaría una carga excesiva.

Naturalmente, el problema crucial sería el de la prueba de las convicciones de conciencia que se alegan como fundamento de la solicitud de acomodo razonable. Hay que tener presente que, tal como ocurre en Estados Unidos y Canadá, si bien la carga de la prueba recae sobre el *obligado*, el *solicitante* de acomodo debe aportar unos mínimos indicios probatorios de lesión de su libertad de conciencia.

Es verdad que a veces se dan factores externos que ayudan a crear la certeza moral de que la objeción de conciencia es real y no ficticia: entre ellos, especialmente, la pertenencia a determinadas confesiones religiosas. Pero también es verdad que, cuando se trata de objeciones que provienen de convicciones meramente individuales, religiosas o no, y no se cuenta con la credibilidad que proporciona el respaldo de un credo religioso institucionalizado, la comprobación de la sinceridad se hace más compleja. Lo cual comporta el riesgo de abrir un margen de posible fraude a la ley, si no se desea extremar el rigor legal.

Partimos de la consideración de que el acomodo como garantía del derecho a la libertad de conciencia es una garantía que se origina como

consecuencia del ejercicio de un derecho individual. Por esta razón entendemos, con Navarro Valls, que ante el ordenamiento jurídico del Estado, cada conciencia de un ciudadano vale por sí misma, y no por la pertenencia a su iglesia o comunidad religiosa, o grupo ideológico equiparable, en su caso. Tener el aval de una clara doctrina institucional en ciertas cuestiones morales puede servir como prueba de la sinceridad o coherencia de la objeción que se alega, pero no hace, en rigor, que la objeción individual sea más valiosa o más protegible. Conviene hacerlo notar, entre otras cosas, porque no siempre los miembros de una confesión religiosa adaptan de igual manera su percepción del deber moral en un caso concreto a la norma ética general que forma parte de la doctrina institucional de su iglesia, y no es descartable que su posición individual pueda transitar en dirección divergente, e incluso opuesta, a la institucional. Cuando, en los casos de objeción, existe una discrepancia entre conciencia individual y conciencia institucional, el ordenamiento jurídico del Estado ha de tener como referencia la primera, por delante de la norma moral institucionalizada, reconociendo como válida en su caso, y desde luego con fundamento real, la objeción de conciencia planteada por la persona que se aparta de la doctrina oficial de su confesión religiosa. Y esto incluso cuando exista una clara incompatibilidad con esta última.<sup>213</sup>

Debe prevalecer la conciencia individual sobre la institucionalizada, pero es que, además, en muchas ocasiones, esa conciencia institucionalizada u organizada en torno a una doctrina completa y sistemática no existirá, puesto que se tratará de convicciones individuales y personalizadas. Primar las

---

<sup>213</sup> NAVARRO VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Conflictos entre conciencia y ley: las objeciones de conciencia*, op. cit., p. 515.

convicciones que giran en torno a una doctrina sobre las convicciones estrictamente personales no encaja bien con la necesaria neutralidad que debe mantener el Estado. En esta línea Maclure afirma: “Esta primacía concuerda mal con la necesaria neutralidad del Estado respecto a los conceptos del bien. Por eso consideramos que es sobre todo la intensidad del compromiso de la persona con una convicción dada lo que constituye el elemento de semejanza entre las creencias religiosas y las convicciones seculares que atañen también a la libertad de conciencia. Esta postura incluye más fácilmente las convicciones y compromisos fundamentales que no están vinculados a una doctrina sistemática o que no son necesariamente el fruto de una reflexión filosófica fundamental sobre el sentido de la existencia”.<sup>214</sup>

Lo verdaderamente determinante es que se trate de convicciones o compromisos fundamentales que afecten al sentimiento de integridad moral del individuo. “Según este punto de vista, las convicciones fundamentales, incluidas las creencias religiosas, deben diferenciarse de otras creencias y preferencias personales a causa del papel que desempeñan en la identidad moral de los individuos. Cuanto más vinculada esté una creencia al sentimiento de integridad moral de un individuo, o más condicionado a ella esté el respeto que siente por sí mismo, mayor debe ser la protección jurídica de la que se beneficie. Las convicciones fundamentales permiten estructurar la identidad moral y ejercer la facultad de opinar en un mundo en el que los valores y los planes de vida potenciales son múltiples y a menudo contradictorios. La integridad moral, en el sentido en la que la utilizamos aquí, depende del grado

---

<sup>214</sup> MACLURE, J. I. y TAYLOR, C., *Laicidad y libertad de conciencia*, op. cit., p. 124.

de adecuación entre, por una parte, lo que la persona percibe como sus deberes y compromisos axiológicos preponderantes y, por otra, sus acciones. Una persona cuyos actos no se correspondan de forma satisfactoria con lo que ella considera que son sus obligaciones y sus valores fundamentales corre el riesgo de ver dañado su sentimiento de integridad moral. La no satisfacción de un deseo puede contrariarme, pero no atenta generalmente contra los pilares de los valores y creencias que me definen de la forma más fundamental; no me inflige un agravio moral”.<sup>215</sup>

Las convicciones seculares pueden permitir al agente dar un sentido a su vida y ejercer su facultad de opinar cuando se enfrenta a conflictos de valores. Lo que comparten estas creencias es que comprometen la conciencia de la persona de modo que ésta no podría hacer abstracción de ellas o transgredirlas sin ver herido su sentimiento de integridad moral. Por eso, siguiendo el ejemplo que utiliza Bosset, una persona vegetariana tiene el derecho a exigir que se le ofrezca un menú sin carne en un entorno cerrado como una cárcel o un avión. No vemos ningún motivo válido para establecer una jerarquía en el plano de los derechos, entre una persona cuyo vegetarianismo proceda de una religión (el hinduismo) y otra cuyo vegetarianismo proceda de una filosofía moral secular (los animales también tienen derechos como criaturas sensibles). En los dos casos, exigir a alguien que abandone sus creencias supondría infligirle un agravio excesivo. Esto equivaldría a interpretar su petición como una simple preferencia que puede olvidar o sustituir fácilmente. Si, por ejemplo, servir carne a un paciente cuyo

---

<sup>215</sup> BOSSET, P., *Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodation raisonnable, Les Accommodements raisonnables: quoi, comment, jusqu'où? Des outils pour tous*, Yvon Blais, Québec, 2007, p. 101.



estado exige un menú vegetariano equivale a infligirle un agravio físico, forzar al vegetariano a comer carne equivale a infligirle un agravio moral. También podríamos decir que el individuo está sometido, en el primer caso, a una restricción física y, en el segundo, a una restricción moral o de conciencia.<sup>216</sup>

En todo caso, ante una convicción individualizada, sea de origen religioso o secular, el principal problema es el de la prueba. En nuestra opinión la prueba debe centrarse en la valoración de la sinceridad de las pretensiones de la persona que invoca la libertad de conciencia y solicita el acomodo. Esta prueba de sinceridad no debe ser demasiado intrusiva ni debe interpretar cada inflexión en la práctica religiosa del individuo como prueba indudable de hipocresía. La libertad de conciencia incluye la libertad de revisar las opciones de conciencia. Además, al solicitante no le basta con afirmar que cree sinceramente que una determinada convicción debe traducirse en la acción de una forma particular; debe explicar también por qué esta convicción o este valor están íntimamente ligados a su integridad moral y cómo intenta respetarlos o estar a su altura en su forma de vida, es decir, se enfrenta a un deber de justificación.

En el ámbito empresarial, y a efectos de la prueba, se trata de aplicar un enfoque contextual, deliberativo y reflexivo que favorezca los compromisos negociados. Respecto a este proceso de negociación asociado a las demandas de acomodo, Bouchard y Taylor apuntan que es un proceso que pone en juego un conjunto de directrices que cumplen una función ética. Si ciertos

---

<sup>216</sup> *Ibidem*, p. 117.

comportamientos y actitudes favorecen el surgimiento de soluciones mutuamente satisfactorias, otras pueden provocar el repliegue, la rigidez de las posiciones y en última instancia, la judicialización del proceso. Entre los puntos de referencia éticos que deberían guiar cualquier negociación, citemos la apertura al otro, la reciprocidad, el respeto mutuo, la capacidad de escuchar, la buena fe, la capacidad de llegar a compromisos, la voluntad de acudir al debate para salir de un punto muerto. La instauración de una cultura del compromiso se apoya en gran medida sobre todos estos elementos que favorecen la coordinación de las acciones así como la resolución pacífica y concertada de los desacuerdos.<sup>217</sup> Por ello consideramos que, si bien, puede ser conveniente aclarar principios, fijar un marco general y algunas directrices, sería perjudicial un exceso de reglamentación pues las partes interesadas necesitan un margen de maniobra que les permita tener en cuenta la singularidad de los casos y de los contextos.

El problema de la prueba está, sin duda, como ya hemos advertido, unido al del posible fraude y al de la posible proliferación de solicitudes de acomodo. Pero como señala Bosset: “Si bien es cierto, que el estatuto moral y legal privilegiado que se concede a las convicciones de conciencia puede abrir la puerta a su instrumentalización, creemos no obstante que es preferible buscar medios para limitar el alcance de los abusos potenciales que restringir a priori la libertad de conciencia de los ciudadanos”.<sup>218</sup>

---

<sup>217</sup> BOUCHARD, G. y TAYLOR, C., *Construir el futuro. El tiempo de la reconciliación*, op. cit., p. 55.

<sup>218</sup> *Ibidem*, p. 105.

## **V.2. La existencia de una situación discriminatoria**

La obligación jurídica del acomodo razonable engarza directamente con el principio de igualdad y no discriminación. Es el corolario de la prohibición de discriminación indirecta. Como señala Añón Roig, el acomodo razonable “en un sentido más técnico jurídico puede ser entendido como una obligación que deriva, aún cuando sea implícitamente, del principio de no discriminación y de las exigencias de realización de los derechos constitucionales de la persona”,<sup>219</sup> es decir, de los arts. 14 y 9.2 CE respectivamente; si bien, a ello nos referiremos en el capítulo siguiente.

Su reconocimiento supone aceptar excepciones a la aplicación uniforme de la ley o, dicho de otro modo, supone aceptar la pluralidad en la aplicación de las leyes. El acomodo razonable busca así una igualdad inclusiva o integradora mediante el trato diferencial a personas que de otra manera resultarían penalizadas o discriminadas en alguno de sus derechos elementales por la aplicación de una determinada norma jurídica.<sup>220</sup> El acomodo supone así la prohibición de toda discriminación indirecta o sistemática, sea provocada intencionalmente o de modo involuntario. Está pensado para combatir precisamente la llamada discriminación indirecta que se produce en la redacción o por la aplicación de normas jurídicas aparentemente neutras y no

---

<sup>219</sup> AÑÓN ROIG, M., “Multiculturalidad y derechos humanos en los espacios públicos: diversidad cultural y responsabilidad pública” en *Derechos humanos en contextos multiculturales. ¿Acomodo de derechos o derechos de acomodo?*, E. J. Ruiz Vieitez y G. Urrutia (eds.), Alberdania, San Sebastián, 2010, p. 63.

<sup>220</sup> BOSSET, P., “Les fondements juridiques et l’évolution de l’obligation d’accommodement raisonnable”, *op. cit.*, p. 4.

directamente discriminatorias. A su vez, el acomodo razonable puede proceder respecto de una acción (por creación de distinciones arbitrarias o injustas) o de una inacción (como no tomar medidas concretas que permitirían a los grupos desfavorecidos beneficiarse en plena igualdad de los servicios ofrecidos a la población en general). La asunción de partida es que todos los ciudadanos disfrutan de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución, lo que incluye también el derecho a la igualdad respecto de esos mismos derechos. En este marco, en las últimas décadas ha habido un cambio evolutivo en la percepción (también jurídica) de la igualdad.<sup>221</sup> Si bien tradicionalmente se ha identificado igualdad con uniformidad en el trato, hoy en día se está más atento al juego de las diferencias. Así, hoy, igualdad no significa siempre un mismo trato. En todo caso, dado que el estudio de la discriminación reviste una importancia primordial en la aplicación del acomodo razonable, se dedicará íntegramente el Capítulo 3 a su análisis.

### **V. 3. Los límites del acomodo razonable**

#### **A) Límites funcionales:**

Respecto a los límites de la obligación jurídica de acomodar, se relacionan directamente con el adjetivo razonable, de modo que un acomodo que no resultara razonable no resultaría exigible. La interpretación de esta razonabilidad se realiza mediante la noción de la carga o penalidad excesiva o

---

<sup>221</sup> RUIZ VIEYTEZ, E. J., “Crítica del acomodo razonable como instrumento jurídico del multiculturalismo”, *op. cit.*, p. 9.

injustificada,<sup>222</sup> que constituye el límite funcional del acomodo razonable. La interpretación de esta noción deberá hacerse en función de las circunstancias del caso, pero como criterio general no pueden aceptarse como penalidades excesivas los simples inconvenientes administrativos, las preferencias pretendidas de la clientela, la amenaza de una demanda judicial o el miedo a crear un precedente.<sup>223</sup> Por el contrario, pueden señalarse como ejemplos de una penalidad excesiva, y por tanto, no razonable ni exigible, los elevados costes financieros que reclamaría una medida concreta de acomodo, el atentado a los derechos de los otros usuarios, problemas organizacionales unidos a la disponibilidad de efectivos o instalaciones (el tamaño de la compañía o el servicio puede ser determinante) o cuestiones relativas a la seguridad como una mayor intensidad o agravación del riesgo potencial.<sup>224</sup>

La noción de carga excesiva, por lo tanto, requiere encontrar un equilibrio entre el derecho de ajustarse y los intereses de los implicados. Los tribunales canadienses aplican tres tipos de test para determinar si una solicitud de acomodo implica una exigencia injustificada: costes financieros, el impacto sobre el funcionamiento de la organización y la vulneración de otros derechos. Cómo afirma la jurisprudencia canadiense: “los inconvenientes

---

<sup>222</sup> RELAÑO PASTOR, E., “La libertad religiosa y el pluralismo religioso en la Constitución canadiense”, en *Derechos y libertades en Canadá*, E. Mitjans (ed.), J. Castellá Andreu (coord.), Atelier, Barcelona, 2005, p. 167: No hay un término sólidamente acuñado en castellano para corresponder exactamente a la expresión original inglesa *undue hardship* o la versión francesa *contrainte excessive*.

<sup>223</sup> JÉZÉQUEL, M., “Conflits de normes et valeurs: quelles balises pour le vivre-ensemble?”, ponencia presentada en la reunión de trabajo «Competencias interculturales en los servicios sociales», Estrasburgo, Consejo de Europa, 23-24 de octubre de 2008, documento DGIII/DCS, 2008, p. 25.

<sup>224</sup> BOSSET, P., “Reflections on the scope and limits of the duty of reasonable accommodation in the field of religion”, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Cat.2.120- 4.20.2), documento adoptado en la 497ª reunión de la Comisión, 10 de septiembre de 2004 (resolución COM-497-5.1.2), Québec, 2005, pp. 8-11.

mínimos son el precio a pagar por la libertad de religión en una sociedad multicultural”.<sup>225</sup>

Tal y como podemos ver, el concepto de carga excesiva no es apreciable en abstracto, sino examinando el caso concreto. Por ejemplo, para determinar qué costes financieros se consideran excesivos, hay que considerar el volumen de negocio de la empresa en cuestión. Se consideran cargas excesivas: • las limitaciones financieras: coste desmesurado, ya sea financiero, material o humano • las limitaciones funcionales: obstáculo al correcto funcionamiento de la empresa o institución • entrar en contradicción con los objetivos o el código deontológico de la institución o empresa. En definitiva todos estos límites se condensan en lo que podríamos llamar el límite de lo razonable.

Podemos observar en el asunto *Jakóbski contra Polonia* un supuesto de acomodo solicitado en el interior de una institución penitenciaria, respecto a las prescripciones alimentarias religiosas, que fue rechazado por dicha institución esgrimiendo una carga excesiva de tipo funcional. El derecho individual a la alimentación conforme a las propias creencias puede generar algunas obligaciones positivas del Estado, como la obligación de proveer una alimentación adecuada en los establecimientos públicos como escuelas, prisiones, etc. Así, por ejemplo, el Estado tiene la obligación de proveer a las necesidades religiosas de los prisioneros en la medida de lo posible. Sin embargo, el derecho individual debe ser ponderado con los costes que podría

---

<sup>225</sup> Central Okanagan School District nº 23 v. Renaud (1992) 2 S.C.R. 970, pp. 984-985.

generar para el Estado atender a todas las posibles orientaciones religiosas.<sup>226</sup> En el caso *Jakóbski*, el Tribunal resolvió que no otorgar una alimentación vegetariana a un preso budista, cuando esto no habría supuesto un gran esfuerzo de parte del Estado, significaba una violación del art. 9 del Convenio, porque el Estado no había dado cumplimiento a las obligaciones positivas que aquel le imponía. “La Corte no está persuadida de que la provisión de una dieta vegetariana al requirente hubiera significado una interrupción en la administración de la prisión o una reducción de la calidad de las comidas servidas a los otros prisioneros (...) Teniendo en cuenta todos los factores en juego, y a pesar del margen de apreciación dejado al Estado demandado, la Corte encuentra que las autoridades incumplieron el deber de encontrar un justo equilibrio entre los intereses de las autoridades de la prisión y los del requirente, en particular el derecho a manifestar su religión a través de la observancia de las reglas de la religión budista.”<sup>227</sup> Dentro del mismo ámbito institucional público penitenciario encontramos un ejemplo, esta vez de denegación de acomodo, por razones de funcionamiento y organización de la institución, es decir, esgrimiendo límites funcionales, en el asunto *Austrianu contra Rumanía*.<sup>228</sup> En el caso *Austrianu*, el Tribunal reconoció que las autoridades penitenciarias pueden limitar legítimamente los objetos que los reclusos tienen consigo en las celdas. En este sentido, no constituye una violación de la libertad religiosa el hecho de que no se permita a un interno tener consigo unos cassettes de contenido religioso y un reproductor de cassette, máxime si se le ha ofrecido la posibilidad de escuchar esos cassettes

---

<sup>226</sup> ARLETTAZ, F. *Religión, libertades y Estado: Un estudio a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, op. cit., p. 129.

<sup>227</sup> STEDH, *Jakóbski contra Polonia*, de 7 de diciembre de 2010, pars. 52-54.

<sup>228</sup> STEDH, *Austrianu contra Rumanía*, de 12 de febrero de 2013.

en un salón de uso común de la prisión, es decir, si se ha intentado un acomodo razonable o, en otros términos, se ha buscado la medida menos lesiva para su libertad religiosa.

En definitiva lo que queremos poner de relieve es la importancia que pueden tener en el examen de la carga desproporcionada o excesiva los llamados límites funcionales, difíciles de comprobar y fácilmente esgrimibles desde la dirección y organización de la institución pública o privada, por lo que habrá que poner especial atención y cuidado al tratar de verificar la realidad de los mismos.

### **B) Límites jurídicos:**

En segundo lugar, al lado de los límites funcionales, se situaría lo que Pierre Bosset ha denominado límites sociales que nosotros clasificamos como límites formales marcados por el derecho o límites jurídicos (por ejemplo, si se solicita algo contrario a derecho); el término jurisprudencial, creado en Estados Unidos, que resume estos límites es el de *compelling state interest*, que cabe traducirlo como interés preponderante del Estado, término que se utiliza también en el derecho constitucional español. Entre los límites sociales se encontraría a su vez otra tríada: el orden público y la seguridad, los valores democráticos, y el bienestar general (o los derechos y libertades de los demás)<sup>229</sup>, lo que se recoge de un modo conjunto en la noción de *compelling*

---

<sup>229</sup> BOSSET, P., “Limites de l’accommodement raisonnable: le droit a-t-il tout dit?”, en *Éthique publique*, vol. 9, n° 1, 2007, p. 167.



*state interest*.<sup>230</sup> Los límites jurídicos derivan del art.9.2 del CEDH. “La Corte reitera que la lista de excepciones a las libertades de religión y de reunión, contenidas en los arts. 9 y 11 de la Convención, es exhaustiva, y debe ser construida estrictamente; sólo razones convincentes y poderosas pueden justificar restricciones. Los estados tienen sólo un limitado margen de apreciación en estas materias”.<sup>231</sup> “Cuando la Corte lleva adelante su escrutinio, su tarea no es sustituir el punto de vista de las autoridades nacionales competentes por su propio punto de vista, sino más bien revisar las decisiones que ellas han adoptado en el ejercicio de su discreción. Esto no significa que la Corte se limite a decir si el Estado demandado ha ejercitado su discreción razonablemente, cuidadosamente y de buena fe; la Corte debe estudiar la interferencia denunciada a la luz del caso en su totalidad y determinar si la interferencia ha sido “proporcionada a la finalidad legítima perseguida” y si las razones aducidas por las autoridades nacionales para justificarla son “relevantes y suficientes”.Haciendo esto, la Corte tiene que persuadirse de que la autoridades nacionales han aplicado estándares que están en conformidad con los principios establecidos en la Convención y, además, que ellas han basado sus decisiones en una aceptable interpretación de los hechos relevantes.”<sup>232</sup>

---

<sup>230</sup> Clasificación utilizada por Maclure, J., y Taylor, C., *op. cit.*, p. 127, quienes remiten a su vez al artículo de P. Bosset.

<sup>231</sup> STEDH, *Svyato-Mykhaylivska Parafiya contra Ucrania*, de 14 de junio de 2007, par. 114.

<sup>232</sup> STEDH, *Iglesia de la Cienciología de Moscú contra Rusia*, de 5 de abril de 2007, par. 88.

Un ejemplo jurisprudencial del TEDH sobre la aplicación del límite del respeto a la seguridad pública lo encontramos en el caso *Shingara Mann Singh c. Francia*<sup>233</sup>.

El TEDH no aceptó un recurso interpuesto por una persona de religión Sij, por considerar que la injerencia en el derecho de libertad religiosa entra dentro del margen de los límites previstos en el artículo 9.2 del CE. El caso se basaba en la obligación para todos los ciudadanos de aparecer en la foto del carnet de conducir con la cabeza descubierta. Como consecuencia de esa norma se le prohibió al demandante aparecer en la foto con el turbante, que conforme a su religión es obligatorio llevar en todo momento. Lo llamativo del caso es que durante bastantes años, Francia había tolerado esa práctica. De hecho, el recurrente tenía su permiso de conducir renovado hasta el año 1998 con turbante. En el año 2004 se lo robaron y al pedir un duplicado comenzaron las negativas a aceptar su foto con turbante.

En relación con la aplicación a este caso del límite basado en la seguridad pública, entendemos que, tal como Elósegui Itxaso mantiene: “serían admisibles razones de seguridad, si fueran ciertas, para este tipo de prohibiciones. El carnet de conducir sirve para que, en los controles de carretera, la policía pueda comprobar que sabemos conducir y que la persona que conduce tiene carnet. Un sij conducirá siempre con turbante, luego cuando procedan a su identificación llevará el turbante puesto. Sería más fácil de identificar para saber si la persona corresponde a la foto del carnet, si en la foto

---

<sup>233</sup> STEDH, *Shingara Mann Singh contra Francia*, de 13 de noviembre de 2008.

fuera también con turbante. Además, una foto con un turbante en la cabeza no impide identificar a la persona”<sup>234</sup>.

Respecto a estos límites jurídicos que pueden ser base para la denegación de una solicitud de acomodo destacaremos que sólo es admisible tal denegación cuando se trata de un interés jurídico superior real; es decir, la posible limitación de la libertad de conciencia sólo podría justificarse cuando se produjera dentro del ámbito de relaciones *transitivas* o interpersonales y se derivara de las mismas un atentado a los derechos o libertades del otro u otros sujetos de la relación interpersonal. En este sentido Llamazares Fernández dice: “Cuando se trata de relaciones *intransitivas* o intrapersonales relativas al propio sujeto, ya sea de carácter espiritual (creencias, sentimientos, etc.) o de carácter físico (el propio cuerpo, la salud personal, etc.), la intervención exterior o injerencia ajena (poderes públicos, terceras personas, etc.) está absolutamente vedada”.<sup>235</sup> Valoramos que esta interpretación es la más adecuada a la doctrina de las libertades públicas y al reconocimiento y garantía de un ámbito de autonomía personal (relaciones *intransitivas*) exento de cualquier mediación o intervención ajena al propio sujeto.

El razonamiento resulta claro si pensamos en el siguiente supuesto. Si bien nuestro modelo de calendario de vacunas infantiles difiere del de EE. UU.,

---

<sup>234</sup> ELÓSEGUI ITXASO, M., *El Concepto Jurisprudencial de Acomodamiento Razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la Gestión de la Diversidad Cultural y Religiosa en el Espacio Público*, op. cit., p. 271.

<sup>235</sup> LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., “Bioética, moral pública y derecho”, en *Teoría de la justicia y derechos fundamentales. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces Barba*, op. cit., p. 111.

puesto que allí dicho calendario sí es obligatorio,<sup>236</sup> encontramos razonable la negación que se está generalizando a acomodar la objeción de conciencia de los padres frente a la obligación de vacunar a sus hijos.<sup>237</sup> Y ello porque nos introducimos en el ámbito de las relaciones interpersonales, la injerencia del poder público en las creencias personales es aquí legítima. Existe un interés jurídico superior: la salud pública, que no es posible obviar (riesgo de epidemias de difteria, sarampión...). Sin embargo, no sería legítima una intromisión del poder público, por motivos de salud pública, si nos movemos dentro del ámbito de las relaciones intrapersonales. El ejemplo que citamos en este caso es el siguiente. Se trata de un recurso de amparo en el que, en síntesis, la demanda se basa en los siguientes hechos: A la esposa del actor se le sugirió por parte del médico que la atendía la conveniencia de una transfusión de sangre para resolver diversos problemas hemorrágicos derivados de un parto previo, y ante la negativa y reiterada oposición de su esposo, en razón de sus creencias religiosas, al ser Testigos de Jehová, se recabó del Juzgado de Guardia núm. 4 de los de Primera Instancia e Instrucción de Santa Cruz de Tenerife la autorización para practicarla, que fue otorgada primeramente por Auto y luego por Providencia de 20 de enero de 1983. Practicadas las transfusiones sanguíneas, la paciente murió cuatro días después, el 24 de enero. Ante el recurso de amparo interpuesto por el esposo

---

<sup>236</sup> La obligatoriedad de las vacunas infantiles es un tema controvertido a nivel internacional. *Vid.* Offit P, Salisbury D., *Should childhood vaccination be mandatory? Yes*, BMJ, 2012.

<sup>237</sup> California se convertirá en el trigésimo segundo estado en el país que pone fin a la exención de vacunación por creencias personales y religiosas. La Cámara Baja californiana ha aprobado por mayoría simple el proyecto de ley SB 277 (junio de 2015) que limita el derecho de los padres a invocar razones personales para evitar que sus hijos reciban las vacunas prescritas por las autoridades médicas. La medida ya obtuvo el visto bueno del Senado californiano en mayo y será revisada de nuevo por la Cámara Alta antes de ser enviada al gobernador Jerry Brown para su firma definitiva.

de la fallecida, que acusa al juez de un delito de coacciones, el Auto del Tribunal Constitucional<sup>238</sup> declara lo siguiente: “Se excluye el delito de coacciones, con independencia de la concurrencia de cualquiera de las circunstancias exigidas señaladas en el art. 8 del Código Penal, por entender que existía una autorización legítima derivada de los arts. 3 y 5 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa 7/1980, de 5 de julio, para la actuación judicial, ya que el derecho garantizado a la libertad religiosa por el art. 16.1 de la Constitución tiene como límite la salud de las personas, según dicho art. 3 y en pro de ella actuó el magistrado-juez, otorgando autorización para las transfusiones sanguíneas”.

El art. 3 de la LOLR reconoce como límite de la libertad religiosa la salvaguarda de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública. La aplicación de este límite a la salud individual, cuando no afecte al interés general, es decir, a la salud de la población en general, constituye una interpretación errónea del concepto de salud pública. Afortunadamente el TC ha rectificado la interpretación realizada por el Auto de 1984 en su Sentencia de 18 de julio de 2002<sup>239</sup> en la que falla lo siguiente: “A partir de los arts. 9.2 CEDH y 18.3 PIDCP podemos integrar en esa noción de orden público la seguridad, la salud y la moral públicas (como por otra parte se cuida de hacer el art. 3.1 LOLR). Pues bien, es claro que en el caso que nos ocupa no hay afectación de la seguridad o de la moral pública. Y tampoco la hay en cuanto a la salud, ya que los textos internacionales, que sirven de pauta para la interpretación de nuestras normas (art. 10.2 CE), se refieren en los preceptos

---

<sup>238</sup> ATC 369/1984, de 20 de junio.

<sup>239</sup> STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 13.

citados a la salud pública, entendida con referencia a los riesgos para la salud en general”.

## VI. EL ACOMODO RAZONABLE EN EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

¿En qué medida las técnicas de acomodo razonable utilizadas en el contexto canadiense y estadounidense pueden servir para luchar contra las discriminaciones indirectas por motivos de religión o conciencia en Europa con una eficacia similar?

Presentamos, antes que nada, un análisis comparativo entre las técnicas del Tribunal Supremo Canadiense y las establecidas en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.<sup>240</sup>

Los límites funcionales del derecho canadiense (*Contrainte excessive o undue hardship*) se aplican en el TEDH a través del principio de proporcionalidad.

1. Los costes del acomodo: los límites de los recursos financieros, el coste real del acomodo, las fuentes de financiación del mismo, si son de la propia empresa o externas, el tipo de empresa o de institución, el presupuesto de la misma, la coyuntura económica. 2. Las trabas a la explotación de la empresa: si restringe excesivamente los fines de la institución o dificulta gravemente su funcionamiento, la no intercambiabilidad de los empleados, la

---

<sup>240</sup> Vid. BRUNELLE, C., *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail*, Ivon Blais, Québec, 2001, pp. 248-251.

adaptación de los espacios o de las instalaciones y equipo de trabajo, los efectos sobre la productividad, los efectos benéficos sobre los otros empleados o la duración de la medida. 3. Los derechos de los otros empleados o los otros usuarios: riesgos para la salud o la seguridad de los empleados, de los colegas o del público, el convenio colectivo, los conflictos de derechos.

Los límites sociales o jurídicos<sup>241</sup> (*Compelling state interest*, el interés preponderante del Estado) se aplican en el TEDH mediante el concepto de *margen de apreciación de los Estados*.

1. Orden público y seguridad: el TEDH basa en la redacción del Convenio Europeo de Derechos Humanos la defensa del orden público, seguridad nacional, y seguridad pública. Se añade la protección de la moral que no aparece en ninguna de las dos Cartas canadienses. 2. Los valores democráticos: en el TEDH, cohesión social, democracia, sociedad democrática. 3. Bienestar general y los derechos de los otros: en el TEDH, el bienestar económico del país, la protección de los derechos y las libertades de los demás.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha ido introduciendo acomodos razonables en materia de identidad cultural pero, en contraste, es más reacia a introducir este tipo de adaptaciones en cuestiones relacionadas con el derecho de libertad de conciencia.

El TEDH ha desarrollado la noción de acomodo razonable a través de su jurisprudencia, de un modo paralelo al Tribunal Supremo de Canadá, aunque

---

<sup>241</sup> Charte canadienne des droits et libertés, 1982. Édifiée comme l'annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.).

no utilice este término, sino otros mecanismos semejantes. Como se afirma en el caso *Gorzelik y otros contra Polonia* se trata de proteger el pluralismo que se basa en: “el reconocimiento y el respeto verdadero de la diversidad y del dinamismo de las tradiciones culturales, de las identidades étnicas y culturales, así como de las convicciones religiosas”.<sup>242</sup>

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos hasta la sentencia de *Eweida contra Reino Unido* de enero de 2013, no había utilizado el término de acomodo razonable (accommodement) ni el de arreglos ni el de adaptaciones (aménagement). Este término sólo había aparecido de un modo explícito en el voto particular de la jueza Tulkens en el caso *Sessa contra Italia*.<sup>243</sup> Pero aunque esa sentencia sea puntual, y al margen de ella, en el caso *Eweida* es posible percibir ya de un modo explícito ciertos paralelismos entre las técnicas del TSC y el TEDH (esta sentencia la analizaremos detalladamente en la segunda parte de este trabajo puesto que el objeto específico del mismo es el ámbito laboral, ámbito al que se refiere dicha sentencia).

Antes del asunto *Eweida* se vislumbraba el acomodo en sentencias relacionadas con el derecho a la identidad cultural.<sup>244</sup> El Convenio Europeo no

---

<sup>242</sup> STEDH, *Gorzelik y otros contra Pologne* (Gran Sala), de 17 de febrero de 2004.

<sup>243</sup> STEDH, *Sessa Francesco contra Italie*, de 3 de marzo de 2012.

<sup>244</sup> STEDH, *D.H y otros contra República Checa*, (Gran Sala), de 13 de noviembre de 2007. El caso de los niños gitanos checos y la obligación de acomodar una norma para evitar una discriminación indirecta basada en la raza o etnia. Estaríamos ante una discriminación indirecta basada en la raza, no en la religión. Los recurrentes alegaron haber sufrido una discriminación en su derecho a la educación en razón de su raza o de su origen étnico (cfr., par. 3).

STEDH, *Orsus y otros contra Croacia*, (Gran Sala), de 17 de julio de 2008. Demanda de una minoría gitana y la aplicación de los mismos criterios que en el caso D.H. contra República checa. La Gran Sala del Tribunal ha querido asentar la lucha contra la discriminación indirecta escolar de niños gitanos en otra nueva sentencia, cuya decisión ha dividido a los jueces, con nueve votos a favor de la existencia de discriminación y ocho en contra de tal discriminación, al considerar que las medidas estatales estaban justificadas de un modo objetivo y con un fin legítimo.



reconoce de un modo explícito el derecho a la identidad cultural, aunque existe la Convención-marco para la protección de las minorías nacionales del Consejo de Europa.<sup>245</sup> Pero sí lo hace indirectamente el TEDH en numerosos casos presentados ante él. Dicho Tribunal ha ido elaborando, a través de una interpretación dinámica, una jurisprudencia en la que se establecen ciertos contenidos referentes a los derechos culturales en un sentido amplio, en relación con otros derechos contemplados de un modo explícito en el Convenio, especialmente el artículo 8 (derecho a la vida familiar y privada), el artículo 9 (derecho a la libertad de pensamiento, religiosa y de conciencia), el artículo 10 (derecho a la libertad de expresión), así como el artículo 2 del Protocolo núm. 1 (derecho a la educación).<sup>246</sup>

El caso *Thlimmenos contra Grecia* ha sido calificado como el *leading case* de los acomodos. Pese a la doctrina jurisprudencial emanada del TEDH en el caso *Thlimmenos contra Grecia*, en la que se asienta el principio de discriminación por igualación, esta doctrina no ha vuelto a resultar decisiva en ningún supuesto concerniente a las diferencias religiosas. El Tribunal ha declarado, en el citado caso, que el principio de no discriminación por motivos religiosos del artículo 14 del CEDH quedará vulnerado cuando no se trate de

---

STEDH, *Glor contra Suiza*, de 30 de abril de 2009. Un caso de acomodo en razón de una minusvalía. Se trata de una discriminación indirecta por razones de una enfermedad, la diabetes. El ciudadano suizo Glor no podía realizar el servicio militar debido a que padecía una diabetes. Según la legislación suiza, en su caso debía pagar una tasa igual que todos los demás ciudadanos suizos que, por otros motivos, no pudieran realizarlo. En la legislación suiza cabe prestar un servicio alternativo, pero sólo por motivos de objeción de conciencia. Por otro lado, están exentos de pagar la tasa las personas con minusvalías superiores al 40%.

<sup>245</sup> Vid. BREITENMOSER, S., “The Protection of Groups and Groups Rights in Europe”, en *The Tension between Group Rights and Human Rights: a multidisciplinary Approach*, Koen de Feyter y G. Pavlakos (eds.), Hart Publishing, Oxford, Portland (Oregon), 2008, pp. 245-269.

<sup>246</sup> Research Division/Division de la Recherche, Cultural rights in the case-law of the European Court of Human Rights, Council of Europe/European Court of Human Rights, January 2011. Este informe ha sido preparado por la División de Investigación del TEDH en inglés y no es vinculante para el TEDH. Está publicado y disponible en el siguiente sitio web: [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int) (Case-Law/Case-Law Analysis / Research Reports), p. 4.

manera diferente a personas en situaciones diferentes. Así resulta de la sentencia recaída en el caso *Thlimennos*<sup>247</sup>, el Tribunal pone de manifiesto que: “el derecho a disfrutar de los derechos reconocidos en el Convenio sin ser sometido a discriminación es vulnerado no sólo cuando los Estados, sin justificación objetiva y razonable, tratan de manera diferente a personas en situaciones análogas, sino también cuando, sin justificación objetiva y razonable, no tratan de manera diferente a personas en situaciones diferentes”<sup>248</sup>. En definitiva, el Tribunal Europeo en el caso *Thlimennos*, “está exigiendo a los Estados legislaciones con flexibilidad en la norma general y típica, en los casos en que exista una justificación objetiva y razonable”<sup>249</sup>.

A partir de esta sentencia se plantea si el Estado puede ser receptivo al reclamo de algunos de sus ciudadanos de un tratamiento diferente por motivos serios y fundados. Muchos creen que los acomodos religiosos están en contradicción con los principios de justicia social que son la base de los regímenes políticos democráticos y liberales. Una de las críticas más fuertes a estos acomodos se basa en el principio según el cual las normas y las

---

<sup>247</sup> STEDH, *Thlimennos contra Grecia*, de 6 de abril de 2000. El demandante era un Testigo de Jehová que había sido condenado por insubordinación en 1983, a causa de su rechazo a prestar servicio militar debido a sus creencias religiosas, en momentos de movilización general; fue condenado a cuatro años de prisión, y dejado en libertad condicional después de cumplir los dos primeros años de condena. En 1988 ganó un concurso público para obtener un puesto de contable diplomado, una profesión liberal para cuyo ejercicio era necesario, hasta 1993, pertenecer al Instituto Griego de Contables Diplomados. A pesar de haber quedado segundo entre 60 candidatos, el Comité Ejecutivo del Instituto se negó a su nombramiento, pues la ley establecía que no podía nombrarse contable diplomado a una persona no cualificada para la función pública, y la condena por un delito grave constituía un factor de descalificación para ser funcionario público. El TEDH consideró que el Estado griego había violado el artículo 14 en relación con el artículo 9. Las autoridades no podían sino aplicar la ley, pero la legislación había omitido las distinciones necesarias: no existía justificación objetiva y razonable para no tratar al objetor de conciencia de manera diversa de otras personas condenadas por delitos graves, y su exclusión de la profesión de diplomado contable no perseguía fin legítimo alguno.

<sup>248</sup> *Ibidem*, par. 44.

<sup>249</sup> ELÓSEGUI ITXASO, M., *El Concepto Jurisprudencial de Acomodamiento Razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la Gestión de la Diversidad Cultural y Religiosa en el Espacio Público*, op. cit., p. 219.

instituciones públicas deben tratar a todos los ciudadanos de forma imparcial. Las normas y las instituciones públicas son imparciales cuando reparte de forma moralmente aceptable las ventajas y los inconvenientes derivados de la cooperación social: los ciudadanos deben recibir la parte correspondiente de los beneficios de la vida colectiva asumiendo, recíprocamente, la parte correspondiente de cargas que les son inmanentes. Una sociedad guiada por un ideal de justicia social intentará reevaluar constantemente sus normas y sus instituciones y políticas públicas con el fin de conseguir que contribuya lo mejor posible a la implantación de un sistema de cooperación social justo. Sin embargo, mientras que algunos sostienen que la obligación de acomodo se deriva de los principios de justicia más generales, como el derecho a la igualdad y a la libertad de conciencia y de culto, otros creen que los acomodos religiosos tienen más que ver con el trato de favor y en consecuencia son injustos.<sup>250</sup> Evidentemente no es este nuestro parecer, ya que entendemos que la uniformidad del sistema legal no ha de ser un objetivo en sí mismo, sino un medio para lograr un tratamiento realmente igualitario para todos los ciudadanos. Allí donde la igualdad formal puede llevar a que algunos se hallen en una situación desaventajada, una visión contextualizada de la equidad ha de llevar a un reconocimiento de las diferencias.<sup>251</sup> El acomodo es cierto que puede significar abandonar ciertos grados de igualdad formal en la aplicación del derecho. Pero esto se justifica a partir del hecho de que la aplicación formalmente igualitaria de las normas reproduce el patrón cultural que está implícito en las mismas, y que no es otro que el de la mayoría.

---

<sup>250</sup> MACLURE, J. I. y TAYLOR, C., *Laicidad y libertad de conciencia*, op. cit, p. 85.

<sup>251</sup> GRILLO, R. et al., *Legal practice and cultural diversity*, Ashgate Publishing, Farnham (Reino Unido), 2009, p.13



## **La prohibición de discriminación por motivos de conciencia en el ámbito laboral**

**SUMARIO:** I. Introducción. II. La prohibición de discriminación entre particulares. II. 1. Dimensiones constitucionales de la igualdad. La igualdad como valor superior. II. 2. Igualdad formal e igualdad material. II. 3. Sujeción de los particulares a la Constitución. II. 4. La intangibilidad del derecho a no ser discriminado. II. 5. Conflicto de derechos entre particulares. Igualdad v. libertad. II. 6. Medidas positivas de *igualdad real* adoptadas por el empresario. III. Fundamentación de la obligación de acomodo razonable en la prohibición de discriminación. III. 1. Naciones Unidas y la prohibición de discriminación por motivos de conciencia. III.1.I. La Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones. III. 1. II. El Convenio nº 111 de la OIT. III. 2. La prohibición de

discriminación por motivos de conciencia en el ámbito laboral: el Consejo de Europa. **III. 2. I.** El Protocolo N° 12 al Convenio Europeo de Derechos Humanos. **III. 2. II.** Recomendación N° 14 de Política General de la ECRI. **III. 3.** La prohibición de discriminación por motivos de conciencia en el ámbito laboral: la Unión Europea. **III. 3. I.** La Directiva 2000/78/CE. **A.** Causa de justificación general. **B.** Causas de justificación específicas.

## **I. INTRODUCCIÓN**

Si queremos que la libertad de conciencia sea una libertad real y efectiva el respeto a la libertad de conciencia debe ser real y efectivo. El Estado debe promover las condiciones necesarias para ello y remover los obstáculos que la impidan o dificulten. Recordemos una vez más el art. 9.2 CE: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. Y así, como advierte Martha Nussbaum, “el respeto por los ciudadanos exige que la esfera pública respete el hecho de que los mismos tienen compromisos de conciencia diferentes y que provea un espacio protegido dentro del cual los ciudadanos puedan actuar como dicte su conciencia. Si un Estado afirma que respeta a todos sus ciudadanos pero manifiesta en sus disposiciones y declaraciones un desprecio insensible por sus creencias y prácticas fundamentales, el respeto es sólo una postura hueca. Si el respeto por las personas ha de ser igual, esta consideración por las condiciones en las que opera la conciencia también ha de ser igual: todos los ciudadanos ingresan en el ámbito público en igualdad de condiciones”.<sup>252</sup>

---

<sup>252</sup> NUSSBAUM, M. C., *Libertad de conciencia: el ataque a la igualdad de respeto*, op. cit., p. 34.

En 1966, Tanaka, J., miembro del Tribunal Internacional de Justicia<sup>253</sup> escribió: “los seres humanos, dotados de individualidad, viviendo en distintos entornos y circunstancias no son iguales, y necesitan en algunos aspectos un tratamiento político, jurídico y social distinto (...). El tratamiento igualitario es un principio pero su aplicación mecánica ignorando todos los factores concretos genera injusticias. La igualdad requiere un tratamiento distinto, teniendo en consideración las circunstancias de los casos individuales. El tratamiento distinto es permisible y necesario según las consideraciones de la justicia, sin que ello signifique hacer caso omiso de ella.”

Muchas personas se encuentran en situaciones reales de desventaja que deben ser tomadas en consideración. En ciertas circunstancias resulta necesario el recurso a derechos diferenciados a favor de esas personas, para que las condiciones reales del ejercicio de los derechos no sean un obstáculo a la igualdad real. “La teoría jurídica ha elaborado la idea de que el principio de igualdad que es inherente a los sistemas jurídicos modernos prohíbe la discriminación en la titularidad y goce de los derechos. Se trata del concepto de igualdad de trato en igualdad de situaciones: una discriminación es ilícita cuando implica tratar de modo diferente a dos personas o grupos que se hallan en situaciones semejantes. Inversamente, no sólo hay discriminación cuando individuos o grupos que se encuentran en la misma situación son tratados de

---

<sup>253</sup> Informes del Tribunal Internacional de Justicia, 1966, Suroeste de África (Etiopía contra Sudáfrica; Liberia contra Sudáfrica), par. 6, p. 306.



manera diferente, sino también cuando individuos o grupos que se encuentran en situaciones diferentes son tratados de la misma manera.”<sup>254</sup>

El derecho a la igualdad y a la libertad de conciencia puede exigir ciertas adaptaciones. “El derecho a la igualdad y a la libertad de religión o de conciencia no tiene necesariamente como contrapartida la uniformidad o la homogeneidad. Según los juristas, un mismo derecho puede exigir ajustes de tratamiento que no deben ser equiparados con privilegios ni derogaciones ya que pretenden corregir un defecto de aplicación de una ley o de un reglamento. Para decirlo como lo han expresado los expertos, un tratamiento puede ser diferencial sin ser preferencial”.<sup>255</sup> A veces se necesita un tratamiento diferente para garantizar un derecho legal. No se trata de privilegios sino de adaptación razonable para contrarrestar la rigidez de ciertas reglas o su aplicación uniforme sin tener en cuenta las características particulares de las personas.

La obligación de acomodo no exige anular un reglamento o una ley, sino solamente atenuar sus efectos discriminatorios sobre ciertas personas previendo una excepción a la regla o una adaptación particular. “El acomodo razonable deriva de la prohibición de toda discriminación, provocada intencionalmente o de modo involuntario, y en particular de la llamada discriminación indirecta que se produce en la redacción o por la aplicación de normas jurídicas aparentemente neutras y no directamente discriminatorias. La discriminación puede proceder respecto de una acción (por creación de distinciones arbitrarias o injustas) o de una inacción (como no tomar medidas

---

<sup>254</sup> ARLETTAZ, F., *Religión, libertades y Estado: Un estudio a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, op. cit., p. 155.

<sup>255</sup> BOUCHARD, G. y TAYLOR, C., *Construir el futuro. El tiempo de la reconciliación*, op. cit., p. 36.

concretas que permitirían a los grupos desfavorecidos beneficiarse en plena igualdad de los servicios ofrecidos a la población en general).<sup>256</sup> Para luchar contra este tipo de discriminación, por lo general indirecta, los tribunales de varios países han considerado que el principio de acomodo debía concebirse como una obligación jurídica derivada de los derechos más generales integrados en las declaraciones de derechos y libertades, es decir, el derecho a la igualdad y a la no discriminación o la libertad religiosa o de conciencia. Las peticiones de acomodo por motivos religiosos, pertenecientes al ámbito de los derechos fundamentales, no pueden seguir evaluándose exclusivamente en función de consideraciones de gestión o políticas públicas.<sup>257</sup> Es precisamente en base al concepto de discriminación que Pierre Bosset define el acomodo razonable: “una obligación jurídica, aplicable en una situación de discriminación, y que consiste en adecuar una norma o una práctica de alcance universal dentro de los límites de lo razonable, otorgando un trato diferencial a una persona que, de lo contrario, se vería castigada por la aplicación de dicha norma.”<sup>258</sup>

La obligación de acomodo razonable se considera hoy en día una parte integral del derecho a la igualdad en la ley antidiscriminación canadiense. Como resultado, la obligación de ajustarse no sólo es aplicable a empleadores y trabajadores sino también a las relaciones entre el Estado y los usuarios de los servicios públicos, ya que estos últimos también están cubiertos en la legislación antidiscriminación. Además, en principio la obligación es transversal,

---

<sup>256</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>257</sup> MACLURE, J. I. y TAYLOR, C., *Laicidad y libertad de conciencia*, op. cit., p. 89.

<sup>258</sup> BOSSET, P., “Les fondements juridiques et l’évolution de l’obligation d’accommodation raisonnable”, en *Les Accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu’où ? Des outils pour tous*, op. cit., p.10.

en otras palabras, el acomodo razonable no se limita a la diversidad religiosa sino que se puede aplicar a todas las bases de la discriminación, incluida la discriminación por discapacidad, sexo, embarazo, edad, estado civil y origen nacional. El deber legal de adaptarse es aplicable a todas las decisiones, prácticas y normas que tienen un efecto discriminatorio sobre el ejercicio de un derecho humano o libertad. Los empresarios, escuelas, hospitales, tribunales, municipios y otros servicios públicos están por lo tanto, obligados legalmente a ajustarse razonablemente a los miembros del público que utilizan sus servicios.<sup>259</sup>

Por todas estas razones, y partiendo del enfoque canadiense, nuestra propuesta para proteger la libertad de conciencia y evitar la discriminación, no se limita al no intervencionismo, sino que va más allá y apuesta por el acomodo. Y por ello, de acuerdo con la autora que citábamos al principio del epígrafe, Martha C. Nussbaum: (...) si no se hace así, seguirá existiendo una forma sutil de discriminación. En las democracias siempre hay una mayoría que logra que sus ideas y sus tradiciones culturales y religiosas se encarnen en el sistema. Una mayoría que determina, por ejemplo, cuáles son los días de fiesta, qué drogas son legales, etc. Por ejemplo, en los países cristianos, el día de descanso es el domingo y las personas cuyas religiones las conminan a descansar el sábado, como los judíos o los adventistas del séptimo día, son discriminadas a no ser que acepten perder su trabajo. Lo que el Tribunal Supremo americano decidió en un caso semejante fue que esto era como imponer una multa a las personas que no comparten las festividades de la

---

<sup>259</sup>RUIZ VIEYTEZ, E. y URRUTIA ASÚA, G., *Derechos Humanos en contextos multiculturales. ¿Acomodo de derechos o derecho de acomodo?*, op. cit., p. 112.

mayoría. Lo mismo se puede decir sobre las leyes relativas a las drogas: en los países cristianos el alcohol es legal pues esa es la droga utilizada en los rituales de la religión mayoritaria, pero el peyote, utilizado por los americanos nativos por motivos religiosos, suele ser ilegal. Para evitar discriminaciones es necesario que las leyes se acomoden a estos casos.<sup>260</sup>

## **II. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN ENTRE PARTICULARES**

En este apartado nos proponemos determinar en qué medida se aplica a los particulares el principio de igualdad y la prohibición de discriminación, es decir, se tratará de determinar si los particulares pueden ignorar las exigencias de la igualdad en sus relaciones con otros particulares, y si les resulta posible discriminar a otros particulares, en todos o en algunos supuestos. Para llegar a ese objetivo, lógicamente habrá que delimitar de forma previa qué dimensiones constitucionales de la igualdad son aplicables a las relaciones entre particulares, y en caso de que esa aplicación sea posible en algunos casos, en qué medida y con qué criterios y, en su caso, límites, habrá de producirse. En particular, será necesario abordar un concepto de discriminación que nos permita afrontar la cuestión de la aplicabilidad de su prohibición a las relaciones entre particulares.

Una vez precisadas esas dimensiones y tras determinar cuáles de ellas resultan aplicables a los particulares en sus relaciones, habrá que analizar qué

---

<sup>260</sup> NUSSBAUM, M. C., *Libertad de conciencia: el ataque a la igualdad de respeto*, op. cit., p. 73.

derechos o valores pueden entrar en conflicto con la igualdad cuando ésta se aplica a las relaciones entre particulares, así como señalar qué criterios constitucionales resultarían aplicables a la solución de esos conflictos.

## **II. 1. Dimensiones constitucionales de la igualdad. La igualdad como valor superior**

Podemos comenzar el análisis de las dimensiones constitucionales de la igualdad partiendo de las tres menciones principales sobre la misma que en el sistema constitucional se manifiestan en tres artículos distintos:<sup>261</sup>

- a) la igualdad como valor (artículo 1.1 CE);
- b) la igualdad formal o igualdad ante la ley (art. 14 CE); el art. 14 CE engloba en realidad dos dimensiones: la igualdad ante la ley, y la prohibición de discriminación; este art. recoge la igualdad como principio y la igualdad como derecho.
- c) la igualdad material, real o promocional (art. 9.2 CE).

La mención a la igualdad como *valor superior del ordenamiento jurídico* parece ser la más general de todas, de manera que podría decirse que posee una intención totalizadora, en la medida en que engloba todas las demás dimensiones constitucionales, e incluso podría incluir otras que acaso no

---

<sup>261</sup> GIMÉNEZ GLUCK, D., *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona, 2004, pp. 33 y ss.; GARCÍA MORILLO, J., López Guerra, L., Espín Templado, E. *et al.*, *Derecho Constitucional*, vol. I, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 181; PÉREZ ROYO, J. *Curso de Derecho Constitucional*, 11ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 240; Díez- PICAZO, L. M., *Sistema de derechos fundamentales*, 3ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2008, p. 198, destaca que el “significado normativo” de las menciones constitucionales de los artículos 1.1 y 9.2 no es el mismo que el del artículo 14.

formasen parte de las otras menciones específicas.<sup>262</sup> Desde este punto de vista, el significado autónomo de la igualdad como valor es menor; pues habitualmente cualquier vertiente de la igualdad formará parte de algunas de las otras dimensiones constitucionales, pero la referencia a la igualdad como valor es oportuna, no sólo por su carácter sintético e integrador, sino también porque no es descartable que alguna faceta no cubierta por las otras menciones constitucionales pudiera integrarse sólo en esta vertiente más general.<sup>263</sup>

Respecto a los valores superiores, entre ellos la igualdad, y con referencia a los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional español ha señalado expresamente que "los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal y a los diversos convenios internacionales sobre derechos humanos, ratificados por España y que, asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico"<sup>264</sup>; y en general, ha distinguido en los derechos fundamentales un "doble carácter": además de ser derechos subjetivos, poseen una dimensión objetiva, esto es, son "elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional",<sup>265</sup> al tiempo que "son la expresión jurídica de un sistema de valores

---

<sup>262</sup> Sobre la igualdad como valor, y sus relaciones con las demás dimensiones constitucionales, puede verse DÍAZ REVORIO, F. J., *Valores superiores interpretación constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, en especial pp. 188 y ss.

<sup>263</sup> DÍAZ REVORIO, F. J., *Discriminación en las relaciones entre particulares*, Tirant lo Blanch, México D. F., 2015, p. 48.

<sup>264</sup> STC 21/1981, de 15 de junio, FJ 15.

<sup>265</sup> STC 25/1981, de 14 de julio, FJ 5.

que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política".<sup>266</sup>

Así entendida, la dimensión objetiva de los derechos tiene varias consecuencias de importancia, que nos interesa destacar a los efectos de este trabajo:

- 1) El llamado *efecto de irradiación*<sup>267</sup> o *vis expansiva y atrayente*<sup>268</sup> de los derechos fundamentales. Esta idea supone la "expansión de la aplicabilidad de los derechos fundamentales en alcance y extensión", de forma que la eficacia objetiva de principio de los mismos tiende a la universalidad.<sup>269</sup> Ello implica, entre otras consecuencias, que todo el ordenamiento ha de interpretarse de acuerdo con los mismos, y que entre varias interpretaciones ha de escogerse la más favorable al derecho fundamental.<sup>270</sup>
- 2) Los derechos fundamentales se configuran también como mandatos de actuación positiva a todos los poderes públicos. Ello implica que la actividad del Estado respecto a los mismos no se agota, ni siquiera

---

<sup>266</sup> STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 4. En similar sentido, la STC 163/1986, de 17 de diciembre, FJ 1, habla de "su condición de elementos objetivos del ordenamiento, dotados de importancia y protección máximas".

<sup>267</sup> Tal es el término utilizado por BÖCKENFÖRDE, E. W. *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden, 1993, p. 110, basándose en las ideas expresadas por el Tribunal Constitucional Federal en el caso *Lüth*.

<sup>268</sup> ALONSO GARCIA, E., *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 362 y ss.

<sup>269</sup> BÖCKENFÖRDE, E. W., *Escritos sobre derechos fundamentales*, op. cit., p. 126.

<sup>270</sup> Se trata de una afirmación reiteradísima en la jurisprudencia constitucional. Como ejemplo, puede citarse la STC 19/1983, de 14 de marzo, FJ 4; 34/1983, de 6 de mayo, FJ 3; 67/1984, de 7 de junio, FJ 3; 73/1986, de 3 de junio, FJ 1 y 2; 76/1987, de 25 de mayo, FJ 2; 24/1990, de 15 de febrero, FJ 2, Y otras muchas posteriores. También, por ejemplo, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre tantas otras, SSTs (2ª) de 30 de enero de 1992; (3ª, sec. 5) de 12 de febrero de 1992; (3ª, sec. 4), de 23 de mayo de 1992; (3ª, sec. 7) de 2 de abril de 1993; (2ª) de 24 de septiembre de 1993; (2ª) de 28 de enero de 1994; (2ª) de 23 de febrero de 1994; (2ª) de 17 de marzo de 1994; (1ª) de 30 de septiembre de 1994.

respecto a los tradicionales derechos de libertad, con el mero respeto o abstención (consecuencias éstas que derivan de su dimensión subjetiva), sino que el Estado ha de proteger efectivamente los valores plasmados en los preceptos que recogen los derechos fundamentales,<sup>271</sup> lo que implica además un soporte financiero en forma de gasto público necesario para hacer efectivo el derecho.<sup>272</sup> Por consiguiente, los derechos fundamentales, como expresión de un sistema de valores, señalan los fines de la acción estatal, de manera que los poderes públicos, incluido el legislador, no se encuentran ante la Constitución en una posición de absoluta libertad, ya que han de dar plena eficacia a dichos valores; tal eficacia no se consigue, además, con una actuación concreta, sino que se va alcanzando de forma progresiva. Ello es particularmente cierto en relación con la igualdad, pues, como veremos, el artículo 9.2 CE explicita a los poderes públicos el mandato de hacerla real y efectiva.<sup>273</sup> La relación entre el art. 9.2 y los valores superiores se ha destacado al señalar que la diferenciación por la ley de situaciones distintas y permitida por el art. 14, puede incluso venir *exigida* para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento, como son la justicia y la igualdad, a cuyo efecto atribuye además a los poderes públicos la promoción de las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva.

---

<sup>271</sup> Al respecto, véase por ejemplo el muy interesante estudio de COSSIO DÍAZ, J. R., *Estado social y derechos de prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

<sup>272</sup> Sobre este punto, es imprescindible la referencia de HOLMES, S. y SUNSTEIN, C. S., *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, traducción de S. Mastrangelo, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2011.

<sup>273</sup> DÍAZ REVORIO, F. J., *Discriminación en las relaciones entre particulares*, *op. cit.*, p. 26.



- 3) Otra consecuencia de la dimensión objetiva de los derechos, que aparece muy vinculada a la que hemos apuntado en primer lugar, se la ha llamado "hijo legítimo del efecto de irradiación",<sup>274</sup> sería precisamente la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales (eficacia horizontal o eficacia entre particulares). Esta eficacia horizontal resulta de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, es decir, de que, como ya hemos visto, son la expresión jurídica de un sistema de valores superiores y dichos valores, entre ellos la igualdad, son fundamento de la paz social.

## **II. 2. Igualdad formal e igualdad material**

La igualdad formal suele identificarse con la igualdad ante la ley, y sería la dimensión más "clásica" de la igualdad, presente desde los orígenes del constitucionalismo. Es habitual en nuestro sistema constitucional ubicar esta dimensión en el artículo 14 de la Constitución, que comienza, en efecto, proclamando que "los españoles son iguales ante la ley". Sin embargo, procede apuntar desde ahora que el contenido de este precepto es más amplio, pues junto al principio de igualdad ante la ley, se incluye una prohibición general de discriminación, que implica también un derecho. Por lo demás, la relación de este precepto con el artículo 9.2 es intensa, de modo que ciertas dimensiones de la igualdad material podrían entenderse incluidas en el art. 14, tanto en su dimensión como principio como en su vertiente subjetiva.<sup>275</sup>

---

<sup>274</sup> BÖCKENFÖRDE, E. W., *Escritos sobre derechos fundamentales*, op. cit., p. 112.

<sup>275</sup> DÍAZ REVORIO, F. J., *Discriminación en las relaciones entre particulares*, op. cit., p. 48.

El artículo 9.2 contiene un mandato a los poderes públicos: que promuevan las condiciones para que la igualdad y la libertad sean reales y efectivas. En este precepto, se ha visto la llamada igualdad material, real o promocional: como dimensión de la igualdad propia del Estado social, según la cual no basta con dar un trato igual a los supuestos iguales, ni es suficiente con que todos sean iguales ante la ley, sino que hay que dar un trato diferente a los colectivos que se encuentran en una posición inferior de partida. Ahora bien, el artículo 9.2 es enunciado en forma de mandato a los poderes públicos, de modo que quedaría la cuestión de si la igualdad real o material contiene alguna dimensión subjetiva, es decir, si puede entenderse protegido un supuesto derecho al trato diferente y más favorable, predicable de quienes formen parte de un grupo ubicado en una situación real de inferioridad.<sup>276</sup>

Es cierto que la igualdad formal y la igualdad material tendencialmente podrían entrar en conflicto al exigir la última un trato desigual. Sin embargo no deberían interpretarse como conceptos enfrentados, ni siquiera separados, sino como dos dimensiones o vertientes del mismo concepto, unidas precisamente por el valor igualdad que las engloba, y entre cuyas consecuencias pueden encontrarse determinados principios, materializados en mandatos, prohibiciones y derechos. Así lo avalamos a través de las siguientes interpretaciones doctrinales.

---

<sup>276</sup> *Ibidem*, p. 49.

La doctrina ha apuntado esa relación entre igualdad formal y material (o, en términos de la Constitución española, entre los artículos 14 y 9.2), señalando, por ejemplo, que el concepto de igualdad que constitucionaliza el artículo 14 exige una cierta apreciación de las premisas materiales y sociales, sin que pueda equipararse sin más con el clásico concepto de igualdad formal,<sup>277</sup> de este modo se produce cierta integración entre los principios de igualdad formal y material, de manera que, como ha destacado algún autor,<sup>278</sup> la mayor protección jurisdiccional de la igualdad formal puede servir para potenciar la virtualidad jurídica de la igualdad sustancial. De alguna manera, la idea de igualdad sustancial afecta a la propia esencia del principio de igualdad, que deja de ser exclusivamente formal, exigiendo el trato desigual a situaciones desiguales.<sup>279</sup>

Para Díaz Revorio, el artículo 9.2 establece un mandato a los poderes públicos, (claramente no a los particulares), cuya realización es necesariamente progresiva, y en cierto sentido marca un objetivo que jamás se puede alcanzar en plenitud. Pero ello no es obstáculo para su carácter jurídico vinculante, pues su ubicación en el articulado de la Constitución implica una exigencia de consideración como norma jurídica del máximo rango, y por tanto la inconstitucionalidad de toda norma o acto contradictorio con la misma. Por lo demás, el hecho de que el objetivo apuntado pueda no alcanzarse, no implica

---

<sup>277</sup> En esta línea, por ejemplo, GARRORENA MORALES, A., *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 64 y ss., quien destaca la interpretación amplia y abierta que, tanto la Corte constitucional italiana como nuestro TC han hecho del art. 14 (3.1 italiano), para englobar en él ciertos supuestos de desigualdad en las condiciones reales.

<sup>278</sup> AROZAMENA SIERRA, J., “Principio de igualdad y derechos fundamentales”, en *XI Jornadas de estudio: El principio de igualdad en la Constitución española*, vol. 1, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 424-426, quien comenta la jurisprudencia constitucional que tiene en cuenta, dentro del principio de igualdad formal del artículo 14, criterios de igualdad material.

<sup>279</sup> SUAY RINCÓN, J., *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1985.

que el mandato no pueda venir acompañado de una sanción para caso de incumplimiento, por ausencia total de medidas tendentes a lograrlo o por notoria insuficiencia o inadecuación de las que se adopten. E incluso es posible que, relacionando ese mandato con el principio de igualdad y el derecho a no ser discriminado, como veremos, puedan encontrarse dimensiones subjetivas de la igualdad material. En suma, sin negar la dimensión de norma programática presente en el artículo 9.2, la misma no impide su consideración normativa, ni imposibilita plantear facetas de la igualdad como derecho subjetivo prestacional, que pudieran derivar de dicho precepto.<sup>280</sup> Por nuestra parte, y por lo que respecta a nuestro objetivo, podemos apoyar en este mismo art. 9.2. CE, la necesidad de que el poder legislativo introduzca la obligación general de acomodo razonable precisamente como medida tendente a lograr que la igualdad y la libertad sean reales y efectivas.

### **II. 3. Sujeción de los particulares a la Constitución**

Antes de entrar a analizar la problemática específica de la aplicación de la igualdad constitucional a las relaciones entre particulares, procede plantearse, desde una perspectiva más general, en qué medida los mismos están vinculados a la Constitución, y en especial a los derechos fundamentales de otro ciudadano.

---

<sup>280</sup> DÍAZ REVORIO, F. J., *Discriminación en las relaciones entre particulares*, op. cit., p. 51.

Si se considera que la Constitución es una norma jurídica, y en concreto la norma suprema de un ordenamiento, deberá vincular a todos, incluyendo poderes públicos y particulares, que de alguna manera quedan sometidos a ella. Se especifica este sometimiento en el artículo 9.1. de la CE: "los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico". Centrándonos en el significado del sometimiento de los ciudadanos a la Constitución, hay que preguntarse por la naturaleza y consecuencias concretas del mismo. Para ello podemos partir de las siguientes afirmaciones del Tribunal Constitucional: "La sujeción a la Constitución es una consecuencia obligada de su carácter de norma suprema, que se traduce en un deber de distinto signo para los ciudadanos y los poderes públicos; mientras los primeros tienen un deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución, sin perjuicio de los supuestos en que la misma establece deberes positivos (arts. 30 y 31, entre otros), los titulares de los poderes públicos tienen además un deber general positivo de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución".<sup>281</sup> De esta forma, el sometimiento a la Constitución implica para los ciudadanos, con carácter general, la obligación de no realizar ningún acto contrario a sus preceptos. Sólo en contados supuestos la Constitución impone deberes de actuación positiva. Más allá de estos deberes positivos, el sometimiento a la Constitución supone sólo ese deber negativo de no vulneración.

Sin embargo, el deber de acatamiento puede implicar algo más para los ciudadanos. Así puede suceder precisamente en relación con algunos de los

---

<sup>281</sup> STC 101/1983, de 18 de noviembre, FJ 3.

derechos constitucionales. Con carácter general puede afirmarse que éstos no suponen sólo la garantía de un conjunto de situaciones o facultades de actuación para su titular, sino también el deber de respeto por parte de todos los ciudadanos, entendido como obligación negativa de no obstaculizar o impedir el ejercicio de los derechos por parte de los demás. En esta línea, el artículo 10.1. de la Constitución afirma que el respeto a los derechos de los demás es uno de los fundamentos del orden político y la paz social. El significado concreto del deber de respeto a los derechos de los demás nos conduce al problema de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Por otro lado, ya hemos hecho referencia a la dimensión objetiva o axiológica que revisten los derechos fundamentales y que les hace actuar como valores del ordenamiento jurídico. Aceptando estas premisas, compartimos con Díaz Revorio, las siguientes conclusiones:<sup>282</sup> partiendo del principio general de sometimiento de los ciudadanos a la Constitución, y una vez se reconoce la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, si hay un principio o criterio general que debe aceptarse es el de la vinculación de los ciudadanos a los derechos fundamentales. En todo caso, dicho principio ha de hacerse compatible con el de la autonomía de la voluntad, que deriva del libre desarrollo de la personalidad. Este principio de eficacia horizontal necesitaría adaptaciones en algunos casos, o carecería de trascendencia en otros, así como hay derechos cuya eficacia ante los particulares parece innegable (como los derechos al honor o a la intimidad), en otros resulta claro que la Constitución no se dirige a los ciudadanos (igualdad ante la ley). Dentro de este examen, hay que tener en cuenta que el hecho de

---

<sup>282</sup> DÍAZ REVORIO, F. J., *Discriminación en las relaciones entre particulares*, op. cit., pp. 28 y 29.

que no se aprecie en algún caso eficacia directa o inmediata no impide que la misma pudiera predicarse tras una intervención legislativa (o, en su caso, judicial). En efecto, el legislador puede regular los distintos derechos fundamentales con el límite del respeto a su contenido esencial, y por tanto puede extender su eficacia horizontal.

#### **II. 4. La intangibilidad del derecho a no ser discriminado**

La prohibición de discriminación se vincula, además de con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, con la dignidad de la persona (reconocida en el artículo 10.1. de la CE y en el artículo 1 de la CDFUE), de manera que este valor es precisamente el fundamento de la prohibición de todo trato discriminatorio, así como de los motivos concretos por los que un trato se considera discriminatorio. En cambio, el principio de igualdad tiene unos perfiles propios y autónomos, y aparte de ser consecuencia del propio valor igualdad, se vincula acaso más propiamente con el valor justicia (e incluso con el principio de legalidad y la interdicción de la arbitrariedad). Un trato desigual irrazonable es al tiempo injusto, mientras que un trato discriminatorio es un atentado a la dignidad de la persona.

La mencionada vinculación con la dignidad implica que, mientras el principio de igualdad ante la ley protege a personas físicas y jurídicas, la

prohibición de discriminación se refiere sólo a personas físicas o a los grupos compuestos por ellas.<sup>283</sup> La misma vinculación con la dignidad hace que, mientras los titulares del derecho a la igualdad ante la ley sean (al menos en la dicción del art. 14 CE) los españoles, la prohibición de discriminación se predique de todo ser humano, y por tanto los extranjeros también han de ser titulares del derecho a no ser discriminado.<sup>284</sup>

Acaso la diferencia más acusada es que mientras la igualdad ante la ley puede permitir un trato desigual (razonable), pero no exigirlo, a veces la prohibición de discriminación podría llegar a exigir el trato diferente. O, dicho de otro modo, como ha reconocido la jurisprudencia, el principio de igualdad exige tratar igual los casos iguales, pero no cabe reclamar amparándose en el mismo una exigencia de trato desigual de los casos desiguales. Sin embargo, esa exigencia podría llegar a derivar del derecho a no ser discriminado, pues a veces puede darse el caso de "discriminación por indiferenciación".<sup>285</sup> En relación con lo anterior, el mandato de suprimir la discriminación puede exigir a veces actuaciones positivas tendentes a corregir desigualdades personales o sociales para conseguir la igualdad material o real. Se trataría de las "acciones positivas" o incluso de las "discriminaciones inversas".<sup>286</sup> La prohibición de discriminación podría conllevar una exigencia de tales medidas, y el derecho a

---

<sup>283</sup> En este sentido, RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 158. Si bien, como destacan estos autores, también podrían ser discriminados grupos con personalidad jurídica (por ejemplo una iglesia) cuando lo sea el colectivo de sus componentes. Por tanto, el sujeto pasivo de la discriminación será en realidad el conjunto de personas físicas que componen el colectivo, con independencia de que éste posea o no personalidad jurídica.

<sup>284</sup> Vid. RUIZ MIGUEL, A., "Reflexiones sobre el significado del principio constitucional de igualdad", en *El principio de igualdad*, L. García San Miguel (ed.), Universidad de Alcalá de Henares/Dykinson, Madrid, 2000.

<sup>285</sup> DÍAZ REVORIO, F. J., *Discriminación en las relaciones entre particulares*, op. cit., p. 79.

<sup>286</sup> Vid. GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, en especial pp. 57 y ss.



no ser discriminado podría incluir en ciertos supuestos la facultad de reclamarlas. Obviamente, ello no supone que dichas medidas no deban superar los *tests* o juicios que derivan del principio de igualdad en la ley, pero al menos en los mismos tienen garantizada una finalidad constitucionalmente exigida. De este modo, el mandato constitucional de no discriminación podría ser la puerta de entrada de las exigencias del art. 9.2 en el art. 14 CE.

El derecho a no ser discriminado surge como consecuencia del más genérico derecho a la igualdad, y muy vinculado a éste, del que forman parte la mayor parte de sus manifestaciones. Sin embargo, la evolución del mismo le ha ido dotando cada vez de más autonomía, configurándose como un derecho con titularidad y perfiles propios que a diferencia del genérico derecho que le sirve de matriz, no siempre implica el derecho a un trato igual. Si, como se ha dicho, el derecho a no ser discriminado se vincula directamente con la dignidad humana, que es su verdadero fundamento, puede comprenderse que ésta no puede ser vulnerada ni por poderes públicos ni por particulares. De este modo la prohibición de discriminación obliga a todos, y el propio enunciado del artículo 14 CE y del artículo 21 CDFUE apuntan en esa línea. El Tribunal Constitucional se ha manifestado de forma muy concluyente en este sentido, señalando que "el respeto de la igualdad ante la ley se impone a los órganos del poder público, pero no a los sujetos privados, cuya autonomía está limitada sólo por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional como son, entre otras, las que expresamente se indican en el art. 14 CE".<sup>287</sup>

---

<sup>287</sup> STC 108/1989, de 8 de junio, FJ 1.

Por tanto, así como los particulares no estarían vinculados en general por el derecho a la igualdad, sí les sería exigible la prohibición de discriminar a otras personas. Naturalmente, esta afirmación no supone que esta vinculación tenga el mismo carácter que para los poderes públicos, ni que implique las mismas obligaciones. En el caso de los particulares, el respeto al derecho a no sufrir discriminación debe ponderarse con otros derechos derivados de la libertad y de la autonomía de la voluntad, lo que da lugar a un amplio elenco de situaciones conflictivas cuya solución es dudosa y para hacer frente a las cuales es necesario acudir a una serie de criterios específicos.

## **II. 5. Conflicto de derechos entre particulares. Igualdad v. libertad**

En el ámbito de las relaciones entre particulares es imprescindible tener en cuenta el principio de la autonomía de la voluntad, que se encuentra protegido por el valor libertad (artículo 1.1. CE), el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1. CE), y por los concretos derechos fundamentales. La libertad juega así tendencialmente en contra de la igualdad. Pero la libertad sólo puede jugar tendencialmente en contra de la igualdad siempre que no haya trato discriminatorio contrario al artículo 14 CE. Como sabemos, el Tribunal Constitucional ha señalado de forma muy clara, que "es posible entender que algunos derechos fundamentales producen un cierto grado de eficacia en las relaciones jurídicas entre particulares y que, en tal caso, se encuentra el derecho a no ser discriminado que establece el art. 14 de la

Constitución, cuando se trata de las discriminaciones típicas, por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o condición social. No puede decirse lo mismo cuando se trata del ejercicio de derechos y de acciones en el que no es posible encontrar discriminación”.<sup>288</sup> Por ello, el legislador no podrá imponer obligaciones tendentes a esa igualdad salvo que existan razones constitucionales para hacerlo, y se hayan ponderado de forma proporcional los derechos en juego; es decir, salvo que se produzca un supuesto de discriminación indirecta y el acomodo razonable pueda tener lugar.

A continuación vamos a analizar el conflicto existente entre libertad e igualdad en el ámbito de las relaciones entre particulares,<sup>289</sup> intentando establecer qué pautas o parámetros han de tenerse en cuenta *a priori* en la ponderación que necesariamente ha de llevarse a cabo para resolver los conflictos concretos. Planteada la cuestión como un conflicto entre derechos y valores constitucionales, que en su dimensión más genérica podría formularse como un conflicto entre libertad e igualdad, y por lo que a nosotros atañe en particular, se formularía como un conflicto entre libertad de empresa y derecho a la no discriminación por motivos de conciencia; procedemos a responder a dicha cuestión.

---

<sup>288</sup> “Ningún precepto, ni constitucional ni ordinario (salvo, en ocasiones, el principio de buena fe del art. 7 del Código Civil y la regla de comportamiento coherente en él establecida, que aquí están en cuestión), obliga a una persona a ejercitar sus derechos subjetivos o sus acciones en forma idéntica frente a sujetos pasivos diferentes, sin que, fuera de los mencionados casos de buena fe o abuso del derecho, se puedan medir los móviles que a tal actuación impulse. Es claro, por ejemplo, que un acreedor puede ser enérgico frente a un deudor y no serlo frente a otro, o reclamar prontamente la deuda a uno y condonarla total o parcialmente a otro” (ATC 1069/1987, de 30 de septiembre).

<sup>289</sup> Sobre este conflicto, con carácter general, y algunas de sus manifestaciones, puede verse a título de ejemplo PACE, A., “Igualdad y libertad” en *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, M. Carbonell (comp.), Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2003, pp. 203 y ss.

Partimos de la tesis según la cual los valores y los derechos actúan como principios, y por lo tanto no se aplican en forma de todo o nada, sino que admiten diversos grados o intensidades en su aplicación. Ello permite que los conflictos entre ellos puedan resolverse, en cada caso, no mediante la jerarquización, no mediante los criterios que suelen utilizarse para resolver los conflictos entre reglas (prevalencia de la posterior sobre la anterior, de la especial sobre la general, etc.), sino mediante la ponderación, que no implica una preferencia absoluta o incondicionada de uno de ellos, sino la búsqueda del mayor grado de realización práctica de todos ellos, dentro de un criterio de unidad del ordenamiento constitucional.<sup>290</sup> Como ha dicho algún autor, "entre los valores se puede llegar a pactos".<sup>291</sup>

Ahora bien, aun defendiendo el criterio de la ponderación para resolver los conflictos entre principios constitucionales, hay que considerar que en tiempos más recientes se han puesto de relieve sus debilidades y sus limitaciones, de tal manera que tampoco debe considerarse como un método

---

<sup>290</sup> Hay que mencionar al menos la decisiva influencia en su construcción de trabajos como los de ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, o ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta-Comunidad de Madrid, Madrid, 1995. Sobre el principio de unidad constitucional y la "concordancia práctica" como criterios interpretativos, puede verse por ejemplo HESSE, K., "La interpretación constitucional", en *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

<sup>291</sup> ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil...*, *op. cit.*, p. 125. El autor añade algunas otras ideas muy significativas en la misma línea: "si cada principio y cada valor se entendiesen como conceptos absolutos sería imposible admitir otros junto a ellos" (p. 16); "por lo general, los principios no se estructuran según una 'jerarquía de valores'. Si así fuese ( ... ), en caso de conflicto, el principio de más rango privaría de valor a todos los principios inferiores y daría lugar a una amenazadora 'tiranía del valor' esencialmente destructiva" (p.124). "La pluralidad de principios y la ausencia de una jerarquía formal entre ellos hace que no pueda existir una ciencia sobre su articulación, sino una prudencia en su ponderación. ( ... ) quizás la única regla formal de la que quepa hablar sea la de la 'optimización' posible de todos los principios ( ... ). Para que la coexistencia de los principios y valores sea posible es necesario que pierdan su carácter absoluto..." (p. 125).

universal e infalible.<sup>292</sup> Por lo demás, hay valores como la dignidad que, al menos en su núcleo, parece difícil someter a ponderación.

En concreto, en el ordenamiento constitucional español, aunque con referencia a valores que suelen tener presencia explícita o implícita en la mayoría de los sistemas constitucionales, cabe plantearse si el método de la ponderación no puede sufrir algún tipo de modulación o excepción por dos circunstancias: la "superioridad" de ciertos valores según la Constitución, y el carácter intangible de la dignidad. Respecto a lo primero, Díaz Revorio, opina que la superioridad de los valores del artículo 1.1. (a los que puede añadirse a estos efectos la dignidad de la persona) no tiene un carácter jerárquico ni los hace prevalecer sistemáticamente en caso de conflicto con otros valores o principios constitucionales. Más bien se trata de que, siempre dentro de la utilización de un criterio de ponderación para resolver los conflictos o colisiones entre valores, en esa ponderación, realizada en cada caso, debe tenerse en cuenta, como un criterio entre otros, la decisión del poder constituyente de considerar que algunos valores son superiores.<sup>293</sup> Se trataría, por tanto, de una especie de preferencia condicionada y no absoluta, que debe considerarse junto a los criterios que resulten aplicables al caso. Algo parecido al valor preferente que nuestra doctrina constitucional, siguiendo lo establecido por el Tribunal Supremo norteamericano, ha otorgado a las libertades de expresión e

---

<sup>292</sup> Un excelente trabajo, basado en el análisis de la doctrina y la jurisprudencia norteamericana, que incide en la crítica a la ponderación y los límites de la misma, es el de ALEINIKOFF, T. A., *El Derecho Constitucional en la era de la ponderación*, Palestra, Lima, 2010.

<sup>293</sup> Vid. DÍAZ REVORIO, F. J., *Valores superiores e interpretación constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

información, pero sin carácter absoluto.<sup>294</sup> En todo caso, dado que tanto la libertad como la igualdad son, en nuestro sistema constitucional, valores superiores del ordenamiento, este valor preferente no tendría virtualidad práctica a la hora de resolver el conflicto entre ambos. Considerando todo ello, entendemos que sólo con la aplicación al caso concreto de la ponderación, del principio de proporcionalidad y en definitiva, de los criterios del acomodo razonable es posible determinar si, caso por caso, prevalecerá la libertad del empresario o el derecho del trabajador a no sufrir discriminación indirecta, o, planteado desde la perspectiva del acomodo razonable, en qué medida se puede acomodar el derecho del trabajador.

En cuanto a la cuestión de si la dignidad como valor puede o no someterse a ponderación, pensamos que, dada la incuestionable fuerza expansiva de la dignidad, y su relación con la mayor parte de los derechos, afirmar su carácter absoluto, o preservarla de la ponderación con otros valores, conllevaría notorias dificultades para resolver satisfactoriamente muchos

---

<sup>294</sup> La idea de la “posición preferente” o “mayor valor” de la libertad de expresión, como consecuencia de su vertiente institucional, al ser “garantía de la opinión pública, institución constitucional del Estado democrático”, y de suponer la realización, en el plano de la información, del valor pluralismo político (utilizando alguna de las expresiones transcritas u otras similares) ha sido muy reiterada por el Tribunal Constitucional español, sobre todo en su primera jurisprudencia; a título de ejemplo pueden citarse las SSTC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 3 y voto particular; 104/1986, de 17 de julio; 159/1986, de 12 de diciembre; 165/1987, de 27 de octubre, FJ 10; 107/1988, ó 121/1989, de 3 de julio. Sin embargo, manteniendo la idea del valor preferente, el Tribunal también ha afirmado la necesidad de ponderación entre la libertad de expresión y sus límites, sobre todo a partir de los años 90. Puede citarse la sentencia 105/1990, de 6 de junio, FJ 3 y 4; 171/1990, de 5 de noviembre, FJ 5 (que se refiere al valor preferente, pero no absoluto, ya que la información ha de cumplir determinados requisitos), y 172/1990, del mismo día, FJ 2, en el mismo sentido; varias decisiones tratan de conjugar el valor preferente o el carácter institucional, con la necesaria ponderación: STC 240/1992, de 21 de diciembre, FJ 3 (se refiere a posición prevalente, aunque no jerárquica); 336/1993, de 15 de noviembre, FJ 4; 15/1993, de 18 de enero, FJ 1; 94/1994, de 21 de marzo (necesidad de ponderar “de acuerdo con el valor y contenido que constitucionalmente les corresponde a cada uno de ellos”); 170/1994, de 7 de junio, FJ 3; 288/1994, de 27 de octubre, FJ 2 (trascendencia constitucional de la libertad de expresión; sus límites han de ser conforme con la defensa de bienes o valores de relevancia constitucional), la STC 321/1994, de 28 de noviembre, FJ 2, que se sitúa claramente en el ámbito de la ponderación. En fin, aunque podríamos prolongar mucho más las citas, la STC 138/1996, de 16 de septiembre, FJ 3, destaca que la posición preferente del derecho de información no significa dejar vacíos de contenido los derechos fundamentales de quienes resultan afectados por aquélla.

conflictos constitucionales, así como una cierta jerarquización incompatible con la unidad de la Constitución. Por ello se ha destacado que parece imposible mantener el carácter intangible de la dignidad si se atribuye a ésta un contenido extenso.<sup>295</sup> Ésta parece la línea de interpretación más adecuada. Es posible entender que la dignidad suponga un límite último e infranqueable a aquellas prácticas, procedentes de poderes públicos o ciudadanos, que impliquen un quebranto evidente del núcleo más esencial o intrínseco a la misma; pero no por ello puede proclamarse su carácter absoluto o ilimitado. Si así fuera, la libertad de conciencia, directamente relacionada con la dignidad de la persona, generaría siempre la obligación de acomodo por parte del empresario.

En el sistema español, no existe una proclamación expresa del carácter intangible de la dignidad, pero hay argumentos para defenderlo, siempre que se entienda en el sentido moderado o suave que se acaba de apuntar. Por lo demás, esta interpretación se corrobora en la CDFUE, cuyo artículo 1 señala: "La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida". A estos efectos el calificativo de inviolable puede entenderse como sinónimo de intangible. No resulta convincente el argumento de que el artículo 10.1. de la CE no califica como inviolable a la dignidad sino a los derechos; aparte del argumento en contra basado en la Carta europea, cabe entender que, si son inviolables los derechos inherentes a la persona, y la dignidad de ésta es la base y fundamento de esos derechos, la propia dignidad debe ser también inviolable.<sup>296</sup>

---

<sup>295</sup> GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *Dignidad y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 33.

<sup>296</sup> *Ibidem*, p. 116.

En todo caso y al margen de estos criterios tan abstractos y generales de ponderación, la doctrina ha ido elaborando otros criterios más concretos para su utilización en cada caso. Por supuesto, ninguno de estos criterios permite un automatismo en su aplicación que implique que su concurrencia hace prevalecer en todo caso la prohibición de discriminación sobre la autonomía de las partes, o a la inversa. Se trata sólo de pautas que pueden guiar la labor del intérprete a la hora de resolver los conflictos planteados. La concurrencia de alguno de estos criterios (mucho más si es de varios simultáneamente, dado que todos ellos son compatibles) expresa una sospecha o probabilidad de que se produzca discriminación, pero la misma ha de confirmarse atendiendo a todas las circunstancias del caso concreto.<sup>297</sup>

Las relaciones entre particulares no siempre se producen de igual a igual, sino que, más bien es frecuente que uno de ellos se encuentre en una posición de cierta superioridad o dominio sobre el otro. Tradicionalmente esta idea se ha predicado de las relaciones laborales, pero ni son el único supuesto de posición de dominio en las relaciones entre particulares,<sup>298</sup> ni se puede generalizar esa posición de dominio en toda relación entre empresa y trabajador. En todo caso, lo importante es que de hecho se produzca una posición dominante lo que justificaría la necesidad de proteger a la parte más débil de la relación. En lo

---

<sup>297</sup> Al respecto, puede verse por ejemplo BILBAO UBILLOS, J. M., “Prohibición de discriminación y relaciones entre particulares”, en *Teoría y realidad constitucional*, nº 18, 2006, pp. 155 y ss.; y “Prohibición de discriminación y derecho de admisión en los establecimientos abiertos al público”, en *Derecho Constitucional para el siglo XX*, Tomo 1, J. Pérez Royo, J. P. Urías Martínez, M. Carrasco Durán, (eds.), Thomson Aranzadi, Madrid, 2006, pp. 823 y ss., AGUILERA RULL, A., “Prohibición de discriminación y libertad de contratación”, en *InDret*, nº 1, 2009, pp. 20 y ss.

<sup>298</sup> La posición de dominio no sólo se puede producir entre las empresas y sus clientes (o sus trabajadores), sino que eventualmente puede darse en otro tipo de relaciones en las que uno de los sujetos es colectivo y por las razones que sea tiene un poder o capacidad de decisión claramente superior a los de los individuos, que pueden ser miembros del mismo o destinatarios de su acción. Cabe pensar en ciertos casos en las relaciones entre confesiones religiosas y sus adeptos o fieles, sindicatos y trabajadores individuales, grandes partidos políticos y sus miembros, o incluso otros ciudadanos, etc.



que ahora nos interesa, ello supondría que en los casos en que haya posición de dominio hay que extremar las consecuencias del derecho a no ser discriminado de la otra parte.<sup>299</sup>

En cierta medida relacionado con el criterio anterior pero con perspectivas mucho más amplias, podemos señalar otro criterio basado en la existencia (o ausencia) de una libertad real y efectiva a la hora de contratar o de llevar a cabo cualquier negocio jurídico que implique concurrencia de voluntades. El criterio conllevaría una especial protección de la parte que contrata de forma menos libre o compelida por diversas circunstancias, de modo que la contraparte aparecería especialmente vinculada por las exigencias de la prohibición de discriminación.<sup>300</sup> Es cierto que determinar el grado de libertad de una persona es difícil pero, en ciertos casos, la desigualdad entre las partes en cuanto a su capacidad para tomar una decisión libre, autónoma y no condicionada puede llegar a ser notoria, en cuyo caso sería erróneo y falaz acudir al principio de autonomía de la voluntad o a la libertad de contratación para soslayar las exigencias de la igualdad y la prohibición de discriminación. Especialmente esclarecedora al respecto es la siguiente sentencia del Tribunal Constitucional alemán que traemos por ello aquí: “la autonomía privada se basa en el principio de la autodeterminación que presupone que las condiciones de libre autodeterminación están dadas de hecho. Si una de las partes contractuales goza de un dominio tal, que le posibilita imponer unilateralmente regulaciones contractuales, esto conlleva para la otra parte contractual *determinación ajena*. En casos de falta de equilibrio de fuerzas de

---

<sup>299</sup> DÍAZ REVORIO, F. J., *Discriminación en las relaciones entre particulares*, op. cit., p. 117.

<sup>300</sup> *Ibidem*, p. 117.

los afectados, no puede garantizarse por medio del derecho de contratos un equilibrio adecuado de los intereses. Si, en estas circunstancias, se renuncia a posiciones garantizadas por derechos fundamentales, deben intervenir regulaciones estatales para garantizar la protección del derecho fundamental”.<sup>301</sup> En todo caso, estudiaremos por extenso estas cuestiones en la segunda parte de este trabajo al estudiar tanto las empresas ideológicamente neutrales como las empresas de tendencia.

## **II. 6. Medidas positivas de *igualdad real* adoptadas por el empresario**

Dada la clara expresión del artículo 9.2. CE, parece que ni del mismo, como ya hemos visto, ni de otros preceptos constitucionales, se derivan obligaciones positivas de ningún tipo para los particulares. Sin embargo, sí hay un deber de gran trascendencia orientado a los poderes públicos. Pero dado que cualquier persona puede perseguir por medios lícitos cualquier fin que considere adecuado, es perfectamente posible que los particulares adopten medidas tendentes a conseguir la igualdad material.

Teniendo en cuenta que dichas medidas pueden consistir en algunos casos en tratamientos diferentes a ciertas personas, por motivo de sus creencias o convicciones, las medidas o acciones positivas adoptadas por el empresario podrían chocar con las exigencias de la igualdad. De este modo, las acciones positivas adoptadas por los particulares son lícitas con carácter general siempre que no impliquen discriminación a otros trabajadores, puesto

---

<sup>301</sup> Sentencia de 7 de febrero de 1990, BVerfG (NJW 1990, p. 1470), citado por AGUILERA RULL, A., “Prohibición ...”, *op. cit.*, p. 25.

que se trata de evitar una discriminación indirecta por motivos de conciencia y no de originar desigualdades injustificadas respecto al resto de trabajadores. Así, por ejemplo, las acciones positivas adoptadas por un empresario entre sus trabajadores deben respetar los criterios derivados del art. 17 del Estatuto de los Trabajadores precepto que, a partir de su reforma por la LOI, prohíbe las discriminaciones directas o indirectas desfavorables por edad o discapacidad, pero tanto las favorables como las adversas por todas las demás circunstancias que menciona, entre ellas la religión o convicciones.<sup>302</sup>

En todo caso y como consecuencia del deber que tienen los poderes públicos de conseguir la igualdad real o material, parece posible que el legislador establezca obligaciones específicas para los particulares, de cara a lograr ese objetivo.<sup>303</sup> Y ello, considerando además que en ningún caso puede equipararse una obligación de acomodo razonable, que es una adaptación de una norma, con una medida de discriminación favorable. Con estos parámetros, cabe apuntar que, en efecto, el legislador ha establecido en varias ocasiones obligaciones positivas para los particulares, principalmente empresarios. A título de ejemplo, diversas leyes contienen obligaciones de acciones positivas explícitas (e incluso de discriminación inversa en cuanto se establecen cuotas,

---

<sup>302</sup> Su redacción actual, de acuerdo con el apartado uno de la Disposición Adicional Undécima de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, es la siguiente: “Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español”.

<sup>303</sup> GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, op. cit., p. 146, a pesar de plantear las dudas de constitucionalidad de este tipo de obligaciones impuestas por la ley, termina manifestándose a favor de la misma “principalmente por la contundencia de la letra del artículo 9. 2. CE”.

aunque bastante flexibilizadas) en el ámbito de la discapacidad y la accesibilidad.<sup>304</sup>

En definitiva, lo que nos interesa resaltar es la posibilidad de establecer una medida positiva antidiscriminatoria de tipo legislativo, como es una obligación legal de acomodo razonable, siendo que en este caso concreto no sólo promueve la igualdad y garantiza el derecho a no ser discriminado, sino que además contribuye a dar efectividad a la libertad de conciencia. En este sentido es clave recordar el siguiente pronunciamiento del TC: "los derechos

<sup>304</sup> Actualmente, la más importante legislación en la materia se encuentra en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Su artículo 23 establece condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación, cuya aplicación afectará en parte a empresas y particulares (así, el apartado d) del artículo 23. 2. dispone que dichas condiciones incluirán "La adopción de normas internas en las empresas o centros que promuevan y estimulen la eliminación de desventajas o situaciones generales de discriminación a las personas con discapacidad, incluidos los ajustes razonables"). Por su parte, el 29. 1. dispone: "Todas las personas físicas o jurídicas que, en el sector público o, en el privado, suministren bienes o servicios disponibles para el público, ofrecidos fuera del ámbito de la vida privada y familiar, estarán obligadas, en sus actividades y en las transacciones consiguientes, al cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, evitando discriminaciones, directas o indirectas, por motivo de o por razón de discapacidad". Pero conviene señalar además que otros preceptos del mismo cuerpo legislativo imponen claramente actuaciones positivas a empresas privadas. Por ejemplo, el artículo 40. 2. dispone: "Los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario". Y el artículo 42. 1. impone una cuota de reserva de puestos de trabajo a las empresas (aunque excepcionalmente algunas pueden quedar exentas de la obligación): "Las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores con discapacidad". Conviene también mencionar la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, que utiliza un concepto más amplio que el de discapacidad (definiendo como dependencia "el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal"). En cualquier caso, esta ley se sitúa más en el ámbito del fomento y las ayudas públicas, incluso a particulares, que en el de las obligaciones específicas de éstos. Sin que sea posible profundizar en el tema de la discapacidad dadas las características de este trabajo, recomendamos el trabajo de CUENCA GÓMEZ, P., "Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos", en *Revista de Estudios Políticos*, nº 158, 2012, pp. 103 y ss. Aunque trata de un tema más específico, también aborda la cuestión el muy interesante trabajo de BELDA PÉREZ-PEDRERO, E., *La protección constitucional y legal de la lengua de signos*, Fundación Lex Nova, Valladolid, 2012, que en pp. 43 y ss. profundiza en la regulación constitucional específica de la discapacidad, manifestándose a favor de un cierto carácter *erga omnes* de los derechos de los discapacitados derivados de la Constitución, al menos en lo relativo a la igualdad.

fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste (ver al respecto artículos. 9.2.; 17.4.; 18.1. y 4.; 20.3; 27 de la Constitución). Pero, además, los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el artículo 10 de la CE, el fundamento del orden jurídico y de la paz social. De la significación y finalidades de estos derechos dentro del orden constitucional se desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado. Por consiguiente, de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos".<sup>305</sup>

### **III. FUNDAMENTACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE ACOMODO RAZONABLE EN LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN**

En este Capítulo vamos a presentar una exposición del concepto de discriminación, especialmente indirecta, y más concretamente, de la prohibición

---

<sup>305</sup>STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 4.

de discriminación. El objetivo es detenernos en aquellos textos normativos de los que se puede inferir la necesidad de adoptar una previsión general de acomodo en el ámbito laboral privado, al producirse un supuesto de discriminación indirecta por motivos de conciencia.

### **III. 1. Naciones Unidas y la prohibición de discriminación por motivos de conciencia**

El principio de igualdad de trato y el de no discriminación en el disfrute de derechos y libertades por motivos religiosos aparecen recogidos y protegidos en los documentos emanados de NU.

La DUDH lo recoge en su artículo 2.1.<sup>306</sup> y tanto el PIDCP, como el PIDESC lo recogen en los mismos términos (el disfrute de los derechos reconocidos en los Pactos debe producirse sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social), en el artículo 2.1. y en el 2.2. respectivamente.

---

<sup>306</sup> El art. 18 establece: “toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o creencia, así como la libertad de manifestar su religión o creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”.

El art. 2. 1. dispone: “toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin discriminación alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

*Vid.* el texto completo de la DUDH en <http://www.un.org/es/documents/udhr/index.shtml>

### **III.1.1. La Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones**

En 1981, la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU), “preocupada por las manifestaciones de intolerancia y por la existencia de discriminación en las esferas de la religión o las convicciones que aún se advierten en algunos lugares del mundo, y decidida a adoptar todas las medidas necesarias para la rápida eliminación de dicha intolerancia en todas sus formas y manifestaciones, y para prevenir y combatir la discriminación por motivos de religión o convicciones”<sup>307</sup>, procede a aprobar un documento de especial relevancia en relación con el principio de no discriminación por motivos religiosos: la Declaración sobre eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o en las convicciones, proclamada por la AGNU el 25 de noviembre de 1981. El proceso de elaboración y aprobación de la Declaración de 1981 fue largo y complicado,<sup>308</sup> “Baste reseñar las dificultades para elegir el instrumento más oportuno o más viable políticamente, es decir, la elección entre declaración o convenio, o la fijación del contenido concreto de la Declaración; aspecto en el que vale la pena destacar las dificultades habidas, en orden a precisar el significado y alcance de la libertad y de la intolerancia religiosa (...), la Declaración pretende abarcar el ámbito de las convicciones, lo que puede explicar suficientemente el

---

<sup>307</sup> Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o en las convicciones, aprobada por la AGNU., Resolución 36/55, de 25 de noviembre de 1981.

<sup>308</sup> Sobre la elaboración de la Declaración de 1981 se puede consultar SOUTO GÁLVEZ, E., *El reconocimiento de la libertad religiosa en Naciones Unidas*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 100.

tenor del debate y de la confrontación ideológica”.<sup>309</sup> El resultado fue una Declaración<sup>310</sup> que contiene una prohibición genérica de discriminación en su artículo 2. En este artículo se prohíbe todo tipo de discriminación por motivos de religión o convicciones por parte de ningún Estado, institución, grupo de personas o particulares y en su apartado segundo define la intolerancia y la discriminación basadas en la religión o las convicciones como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia fundada en la religión o en las convicciones y cuyo fin o efecto sea la abolición o el menoscabo del reconocimiento, el goce o el ejercicio en pie de igualdad de los derechos humanos y las libertades fundamentales”.<sup>311</sup> Se encuentra, por tanto, en este artículo 2, la misma definición para el concepto de discriminación que para el de intolerancia, se equiparan ambos, siendo que “La discriminación constituye la dimensión negativa de la igualdad y está prohibida tanto ante la ley como en la ley, ofreciendo un evidente contenido jurídico. La intolerancia en cambio, en cuanto aspecto negativo de la tolerancia, tendría un significado más próximo a la incompreensión y a la intransigencia que a la vulneración de un principio jurídico, como es la igualdad”.<sup>312</sup> Según el artículo 3, “la discriminación entre los seres humanos por motivos de religión o convicciones constituye una ofensa a la dignidad humana y una negación de los principios de la Carta de las Naciones Unidas, y debe ser condenada como una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y enunciados detalladamente en los Pactos internacionales

---

<sup>309</sup> *Ibidem*, p. 482.

<sup>310</sup> “Una Declaración tal envuelve obligaciones de conducta concretas, que contienen valores inquestionables que deberían gobernar el comportamiento diario de los individuos y de los Estados”. ODIO BENITO, E., *Study of the current Dimensions of the Problems of Intolerance and Discrimination Based on Religion or Belief*, Doc. ONU E CN /Sub. 2 /1987/26, p. 48.

<sup>311</sup> Art. 2 de la Declaración de 1981.

<sup>312</sup> SOUTO GALVEZ, E., *El reconocimiento de la libertad religiosa en Naciones Unidas*, op. cit., pp. 483 y 484.



de derechos humanos, y como un obstáculo para las relaciones amistosas y pacíficas entre las naciones”. Es, por ello, que se impone a los Estados una obligación de adoptar medidas eficaces al respecto en el artículo 4. 1.: “Todos los Estados adoptarán medidas eficaces para prevenir y eliminar toda discriminación por motivos de religión o convicciones en el reconocimiento, el ejercicio y el goce de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en todas las esferas de la vida civil, económica, política, social y cultural. 2. Todos los Estados harán todos los esfuerzos necesarios para promulgar o derogar leyes, según el caso, a fin de prohibir toda discriminación de ese tipo y por tomar las medidas adecuadas para combatir la intolerancia por motivos de religión o convicciones en la materia”. Respecto a este artículo 4, y respecto a la obligación que impone a los Estados, señala García-Pardo<sup>313</sup>: “este artículo, a diferencia de lo que ocurría en los Pactos de 1966, impone a los Estados la obligación positiva de crear las condiciones necesarias para que la discriminación religiosa no tenga lugar. Esto quiere decir que el Estado no sólo no debe interferir en las creencias religiosas de los ciudadanos, ni tomarlas en consideración a los efectos de establecer tratamientos discriminatorios, sino que, además, está obligado a crear las condiciones necesarias para evitar la discriminación por motivos religiosos y a impedir que la misma tenga lugar, también en el ámbito privado.”

Siendo esto así, entendemos que es posible acudir a la voluntad internacional plasmada en esta Declaración, en el artículo 4, para apoyar la obligación de introducir una previsión general de acomodo razonable en el

---

<sup>313</sup> GARCÍA-PARDO, D., *La protección internacional de la libertad religiosa*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, p. 49.

ámbito laboral privado con el fin de evitar la discriminación indirecta que pueda producirse por motivos de conciencia, puesto que los Estados tienen la obligación positiva de evitar toda discriminación de este tipo.

En definitiva, como positivamente valora Morán García, “La Declaración de 1981 ha sido el documento más importante respecto al rechazo por la comunidad internacional de la intolerancia y discriminación religiosas (...). Y proporciona una base consensuada para el desarrollo de programas que pueden ser elaborados tanto en el seno de la comunidad internacional, como en el de la interestatal o estatal”.<sup>314</sup>

### **III. 1. II. El Convenio nº 111 de la OIT**

Mención especial merece, por tratar directamente el problema de la discriminación en materia de empleo y ocupación, el Convenio nº 111, adoptado el 25 de junio de 1958, por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)<sup>315</sup>, en vigor desde el 15 de junio de 1960.<sup>316</sup> Este Convenio es consecuente con el principio de igual remuneración por un trabajo de igual valor, incorporado en la Constitución de la OIT, y con el de igualdad de todos los seres humanos, independientemente de la raza, religión o el sexo, tal cual está proclamado en la Declaración de 1944

---

<sup>314</sup> MORÁN GARCÍA, G., “XXV Aniversario de la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 25/11/1981: balance y retos” en *RGDCDEE*, nº 13, Iustel.com, 2007.

<sup>315</sup> El texto completo se puede consultar en [www.ilo.org/dyn/normlex/es](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es).

<sup>316</sup> Este Convenio fue ratificado por España el 6 de noviembre de 1967.

sobre los Fines y Propósitos de la OIT, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en Filadelfia.<sup>317</sup>

A los efectos de este Convenio y conforme a su artículo 1.1. apartado a), el término discriminación comprende cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación. Cualesquiera otros actos que tienen efectos análogos podrán también ser considerados discriminatorios por los Estados Partes interesados, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando existan, y con otros organismos apropiados (artículo 1.1. apartado b). Pero esos mismos actos no serán considerados como discriminación si están basados en las cualificaciones necesarias para un empleo determinado (artículo 1.2.). El artículo 5 autoriza medidas especiales de protección o asistencia, previstas en otros convenios o recomendaciones, así como otras medidas especiales destinadas a satisfacer los requerimientos particulares de personas a las que, por razones tales como sexo, edad, invalidez, cargas de familia o nivel social o cultural, generalmente se les reconoce la necesidad de protección o asistencia especial. Como señala Lerner,<sup>318</sup> “el artículo 5 no contiene una limitación de tiempo como la establecida en el artículo 1.4. de la Convención sobre Discriminación Racial. Por otro lado se refiere exclusivamente a personas, omitiendo toda referencia a grupos”. Siguiendo al

---

<sup>317</sup> Sobre la OIT y el problema de la discriminación ver VALTICOS, N., *La Organización Internacional del Trabajo en las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, UNESCO, 1979.

<sup>318</sup> LERNER N., *Discriminación racial y religiosa en el Derecho Internacional*, 2ª ed. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, Diciembre 2002, p. 277.

mismo autor: “Los instrumentos antidiscriminatorios en el campo laboral no están, por su naturaleza, orientados hacia los grupos. Su propósito es garantizar la igualdad entre trabajadores individuales, prescindiendo totalmente de su afiliación o pertenencia grupal. Pero como toda discriminación es por regla general el resultado de la pertenencia a un grupo determinado, los tratados en el área de las relaciones laborales deben ser mencionados en conexión con los derechos de grupo”.<sup>319</sup>

Creemos apropiado incluir, dentro de estas medidas especiales de protección contempladas en el artículo 5 del Convenio 111, una medida general antidiscriminatoria materializada en una previsión de acomodo por motivos religiosos o de convicciones en el ámbito laboral. En los casos de discriminación indirecta, el motivo por el que se aprecia la discriminación es la aplicación de la misma disposición o práctica a todas las personas sin tener en cuenta las diferencias sustanciales, en el caso que nos ocupa originadas por unas creencias religiosas o convicciones. Para corregir y evitar este tipo de situaciones, los empleadores deben adoptar medidas especiales para ajustar sus prácticas con el fin de tener en cuenta estas diferencias. El acomodo razonable, a nivel casuístico e individual, se presenta como la técnica más apropiada.

### **III. 2. La prohibición de discriminación por motivos de conciencia en el ámbito laboral: el Consejo de Europa**

---

<sup>319</sup> *Ibidem*, p. 277.

El derecho fundamental a la libertad de conciencia se encuentra recogido en el artículo 9 del (CEDH);<sup>320</sup> la prohibición expresa de discriminación por motivos religiosos se recoge en el artículo 14 en los términos siguientes: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”. Hay que tener en cuenta que el principio de no discriminación es un principio rector de numerosos documentos del Consejo de Europa<sup>321</sup> (CdE); de entre dichos documentos podemos destacar: La versión de 1996 de la Carta Social Europea (CSE), que incluye el derecho a la igualdad de oportunidades y la igualdad de trato en materia de empleo y ocupación y la protección contra la discriminación por razón de género;<sup>322</sup> otras normas de protección frente a la discriminación se derivan del Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales;<sup>323</sup> el Convenio del CdE sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos<sup>324</sup> o del Convenio del CdE sobre el Acceso a los Documentos Oficiales.

---

<sup>320</sup> Artículo 9: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas religiosas y la observancia de los ritos.

2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática para la seguridad, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos y libertades de los demás”.

<sup>321</sup> En este sentido *vid.*, GARCÍA-PARDO, D., *La protección internacional de la libertad religiosa*, *op. cit.*, pp. 99 y ss.

<sup>322</sup> Véanse los artículos 20 y E de la Parte V de la Carta Social Europea.

<sup>323</sup> Véanse los artículos 4, 6. 2. y 9 del Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales.

<sup>324</sup> Véase el artículo 2. 1. del Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos.

El artículo 14 del Convenio Europeo no contiene una cláusula de igualdad ante la ley o de igual protección por parte de la ley, sino que se limita a afirmar que no puede producirse discriminación “en el disfrute de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio”.

Es preciso recordar que el principio de no discriminación se compone de dos premisas: en primer lugar, la *igualdad ante la ley*, que rechaza toda discriminación entre los destinatarios de los preceptos legales; y, en segundo lugar, el principio judicial de *igualdad en la aplicación de la ley*, que pretende excluir también en el caso concreto toda desigualdad arbitraria.<sup>325</sup> Si bien en la DUDH, este principio de igualdad es proclamado desde las dos perspectivas, es decir, como principio que rige el ordenamiento jurídico de todo estado (artículo 7)<sup>326</sup> y como principio que debe estar presente en la aplicación de los derechos en ella reconocidos (artículo 2)<sup>327</sup>, el Convenio Europeo sólo recoge este último enfoque.

El artículo 14 del CEDH, a pesar de ubicarse en el Título I de dicho Convenio, Derechos y Libertades, no enuncia un derecho o una libertad en el sentido habitual. El artículo se sitúa después de las disposiciones que establecen derechos sustantivos (artículos 2 a 12), en comparación con otros

---

<sup>325</sup> Sobre el principio de igualdad, *vid.* FERNÁNDEZ SEGADO, F., “El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” en *Jornadas de Estudio sobre el principio de igualdad*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

<sup>326</sup> “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

<sup>327</sup> “1.- Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. 2.- Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier limitación de soberanía”.

textos internacionales de protección de los derechos humanos en los que la prohibición de discriminación se presenta al principio.<sup>328</sup> “Este hecho ya indica que esta disposición del CEDH debe circunscribirse a la categoría de derecho-garantía puesto que tiene la función de proteger y garantizar a todas las personas que se encuentren bajo la jurisdicción de un Estado Parte el goce de los derechos y libertades reconocidos”<sup>329</sup>.

Esto implica que “no puede alegarse violación de este artículo en los casos en que se produzcan discriminaciones en el ejercicio de derechos que no estén recogidos en el CEDH ni en sus protocolos, no es el caso del derecho a la libertad de conciencia, pero sí por ejemplo, del derecho de acceso a la función pública, o del derecho a la nacionalidad. Igualmente, en los casos de Estados que no han ratificado alguno de los protocolos del Convenio, las personas residentes en esos Estados tampoco podrán alegar discriminación con relación al ejercicio de los derechos contenidos en estos protocolos”.<sup>330</sup> “Si se pretende denunciar una discriminación en el goce o en el ejercicio de un derecho o libertad no reconocido en el CEDH, pero sí consagrado en los ordenamientos jurídicos nacionales, el TEDH debería declararla inadmisibles, como así lo había venido haciendo la ya desaparecida Comisión Europea de

---

<sup>328</sup> Por ejemplo, el artículo 2 de la DUDH de 1948 y de los dos Pactos Internacionales de 1966, así como el artículo 1. 1. de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, el artículo 2 de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 y el artículo 2 de la Carta Árabe de los Derechos Humanos de 1994. Criterio adoptado también por la CE de 1978, en la que se recoge el derecho a no ser discriminado, en el artículo 14, este precepto constitucional encabeza la sección “Derechos y Libertades” en el Capítulo II del Título I.

<sup>329</sup> BONDÍA GARCÍA, D., “Hacia una superación de los límites intrínsecos del principio de no discriminación en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: el Protocolo nº 12”, en *Anuario de Derecho Internacional*, vol. 17, 2001, p. 272.

<sup>330</sup> DEOP MADINABEITIA, X., “De la igualdad en los derechos a la igualdad de derechos: el Protocolo Adicional nº 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *Anuario de Derecho Internacional*, nº 16, 2000, p. 368.

Derechos Humanos, por ser incompetente *ratione materiae*".<sup>331</sup> Esta situación experimentará una considerable transformación con la entrada en vigor del Protocolo nº 12 al Convenio Europeo.

---

<sup>331</sup> BONDÍA GARCÍA, D., "Hacia una superación de los límites intrínsecos del principio de no discriminación..." *op. cit.*, p. 270.



### **III. 2. I. El Protocolo Nº 12 al Convenio Europeo de Derechos Humanos**

El 26 de junio de 2000, el Comité de Ministros del CdE aprobó el Protocolo nº 12 al CEDH<sup>332</sup>, que fue abierto a la firma de los Estados miembros el 4 de noviembre de 2000, día del 50 aniversario del Convenio Europeo. España firmó y ratificó este Protocolo mediante Instrumento de Ratificación publicado en el BOE nº 64 de 14 de marzo de 2008.<sup>333</sup>

El Protocolo, que se basa en el “principio fundamental con arreglo al cual todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a una igual protección por parte de la ley”,<sup>334</sup> establece en su artículo 1.1.: “El disfrute de cualquier derecho establecido por la ley debe ser asegurado, sin discriminación de ninguna clase, especialmente por razón de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro tipo, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. Nadie puede ser objeto de discriminación por una autoridad pública por ninguna razón, especialmente por las mencionadas en el apartado 1”.

El alcance de la cláusula general de no discriminación prevista en el artículo 1 va más allá del disfrute de los derechos y libertades reconocidos en

---

<sup>332</sup> Se puede consultar en el siguiente enlace:

<http://www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/2000-Protocolo12-ConvenioProteccionDerechosHumanosyLibertadesFundamentales.htm>.

<sup>333</sup> A fecha 22 de junio de 2015, ha sido ratificado solamente por 18 países. Ver la tabla de ratificaciones en el siguiente enlace:

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=177&CM=8&DF=&CL=ENG>

<sup>334</sup> Párrafo segundo del Preámbulo de la Memoria Explicativa del Protocolo nº 12.

el CEDH. Concretando el alcance de este artículo, Bondía García dice: “este ámbito de protección adicional abarca los supuestos en los que una persona sufre una de las siguientes discriminaciones:

- Discriminación en el disfrute de cualquier derecho específicamente reconocido a los individuos por el derecho nacional, tanto si está garantizado por el Convenio Europeo o sus protocolos, como si no lo está.
- Discriminación en el disfrute de todo derecho dimanante de obligaciones precisas de las autoridades públicas según el derecho nacional.
- Discriminación por parte de las autoridades públicas en el ejercicio de su poder discrecional.
- Discriminación por parte de las autoridades públicas basadas en otros actos u omisiones”.<sup>335</sup>

En el concepto de *autoridad pública* deberán entenderse comprendidas no sólo las autoridades administrativas, sino también los tribunales y órganos legislativos.<sup>336</sup>

En cuanto a las posibles discriminaciones provenientes de particulares, de la *Memoria Explicativa* resulta que no se impone a los Estados una obligación positiva general de adoptar medidas para prevenir o remediar las

---

<sup>335</sup> BONDÍA GARCÍA, D., “Hacia una superación de los límites intrínsecos del principio de no discriminación...” *op. cit.*, p. 279.

<sup>336</sup> Párrafo 30 de la Memoria Explicativa del Protocolo nº 12: “30. La fórmula «autoridad pública» que figura en el apartado 2 se ha tomado del apartado 2 del artículo 8, y del apartado 1 del artículo 10 del Convenio, y posee el mismo significado que en esas disposiciones. Abarca no sólo a las autoridades administrativas, sino también a los tribunales y a los órganos legislativos (véase el apartado 23 anterior).”

discriminaciones entre personas privadas. Dicho informe considera que esta cuestión estaría mejor tratada en un convenio específico de naturaleza programática dedicado exclusivamente a la discriminación. También se recuerda, sin embargo, que el Protocolo no se opone a las normas internas más favorables, y que del deber de los Estados de asegurar los derechos y libertades, recogido en el artículo 1 del CEDH,<sup>337</sup> podrían derivarse algunas obligaciones positivas, relativas a determinadas relaciones entre personas privadas que normalmente están reguladas por la ley y en las que el Estado tiene cierta responsabilidad (p. e. contratos de trabajo, denegación arbitraria de acceso a restaurantes, etc).<sup>338</sup>

Sin embargo, en apoyo de la idea de que del artículo 1 del CEDH se derivan obligaciones positivas para las partes y no sólo se pretende impedir injerencias por parte del Estado, sino también proteger a los individuos contra las violaciones del Convenio provenientes de particulares, se puede citar el

---

<sup>337</sup> “Las Altas partes contratantes asegurarán a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio”.

<sup>338</sup> Memoria Explicativa del Protocolo nº 12: “24. La formulación del artículo 1 refleja un enfoque equilibrado de eventuales obligaciones positivas de las Partes en virtud de esa disposición. La cuestión que se plantea aquí es en qué medida el artículo 1 obliga a las Partes a tomar medidas para prevenir la discriminación, incluso en las relaciones entre particulares (lo que se califica como «efectos horizontales indirectos»). Se plantea la misma cuestión por lo que respecta a las medidas para poner fin a casos de discriminación. Aunque no se pueden excluir globalmente tales obligaciones positivas, el objetivo principal del artículo 1 es establecer para las Partes una obligación negativa: la de abstenerse de toda discriminación contra los individuos. 25. Por una parte, el artículo 1 garantiza la protección contra la discriminación por parte de las autoridades públicas. Este artículo no pretende imponer a las Partes la obligación positiva general de tomar medidas para evitar o poner fin a cualquier caso de discriminación en las relaciones entre particulares. Un Protocolo adicional al Convenio, que, por esencia, enuncia derechos individuales justiciables formulados de manera concisa, no constituiría un instrumento apropiado para definir los distintos elementos de una obligación tan amplia, de carácter programático. Ya se han enunciado reglas específicas y más detalladas en el marco de convenios distintos, exclusivamente dedicados a la eliminación de la discriminación por las razones particulares a que se refieren esos convenios (véase, por ejemplo, el Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, ambos elaborados en el marco de las Naciones Unidas). Está claro que no se podría interpretar el presente Protocolo como una restricción o una excepción a las disposiciones de derecho interno o de tratados que prevean una protección adicional contra la discriminación (véanse las observaciones relativas al artículo 3 en el apartado 32 siguiente).”

caso *López Ostra*. En este caso el Tribunal consideró una violación del artículo 8 del Convenio (derecho a la vida privada y familiar y al domicilio) la instalación por parte de una empresa privada de una planta depuradora que provocaba daños ambientales que a su vez causaban daños en el domicilio de la demandante, sin que las autoridades estatales hubieran tomado las medidas adecuadas para evitar tales situaciones.<sup>339</sup>

En cualquier caso, hay que recordar que, como dice Deop Madinabeitia, “Los Informes Explicativos no constituyen una interpretación auténtica del convenio de que se trate, por lo que no son vinculantes para el órgano de control en cuestión, en este caso el Tribunal Europeo. Por lo tanto, basándonos en la jurisprudencia del Tribunal, nos atrevemos a afirmar que el Protocolo nº 12 protegerá a los individuos frente a las discriminaciones provenientes de particulares”.<sup>340</sup> A esta interpretación nos adherimos, por ser la más respetuosa con el derecho a no ser discriminado, y porque hace factible la obligación de una práctica generalizada de acomodo razonable en las relaciones laborales privadas para evitar supuestos de discriminación indirecta por motivos de creencias religiosas o de convicciones.

En general, se puede observar que frente a las tradicionales obligaciones negativas que para los Estados miembros del Consejo de Europa se pueden deducir de las previsiones del CEDH, la introducción en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo de la categoría de obligaciones positivas a partir de finales de la década de 1960, ha tenido como primera y

---

<sup>339</sup> STEDH, *López Ostra contra España*, de 9 de diciembre de 1994.

<sup>340</sup> DEOP MADINABEITIA, X., “De la igualdad en los derechos...”, *op. cit.* p. 375.

deseable consecuencia la de avanzar en el cumplimiento del principio de efectividad, favoreciendo una interpretación del CEDH en el sentido más adecuado para la protección de los individuos o grupos afectados.<sup>341</sup> Así lo ha expresado el TEDH en su ya famosa reflexión acerca de que el Convenio tiene por objeto garantizar “no derechos teóricos o ilusorios, sino prácticos y efectivos”.<sup>342</sup> La imposición a los poderes públicos de obligaciones positivas que salvaguarden precisamente de forma efectiva los derechos proclamados bajo el Convenio, supera la equivalencia (*protección de derechos fundamentales - acción omisiva o pasiva del Estado*) y la complementa con la necesidad de que estos adopten no sólo remedios legales o judiciales, sino también en ocasiones medidas prácticas que realicen los intereses de los sujetos afectados en sus derechos. Ya no basta con *no hacer*, ahora los poderes públicos tienen también en ciertas ocasiones la obligación de *actuar*.<sup>343</sup> Incluso cuando dicha actuación implique la adopción de medidas económicas o sociales que favorezcan la efectividad del derecho reconocido en el Convenio.<sup>344</sup> La segunda consecuencia del desarrollo de la doctrina de las obligaciones positivas ha sido el efecto que ha tenido en la *Drittwirkung*, en la *aplicación horizontal del Convenio*, y su extensión a las relaciones entre particulares, en las que la implicación del Estado trae causa no ya de su acción directa, sino más bien de su incapacidad para prevenir o impedir que unos individuos -o grupos- dañen a otros en sus derechos básicos, se trataría del

<sup>341</sup> Vid. Análisis de las obligaciones positivas de los Estados bajo el CEDH, y su diferencia con las obligaciones negativas en AKANDJI-KOMBE, J. F., *Positive obligations under the European Convention on Human Rights. A guide to the implementation of the European Convention on Human rights, Human rights handbooks*, n° 7, Council of Europe, Bélgica, 2007.

<sup>342</sup> STEDH, *Airey contra Irlanda*, de 9 de octubre de 1979, par. 24

<sup>343</sup> VALERO ESTARELLAS, M. J., “Autonomía constitucional de las confesiones religiosas y derecho al respeto de la vida privada y familiar en Estrasburgo: la Sentencia de la Gran Sala del TEDH *Fernández contra España*” en *RGDCDEE*, n° 36, Iustel.com, 2014, p. 16.

<sup>344</sup> AKANDJI-KOMBE, J. F., *Positive obligations...*, *op. cit.*, pp. 9 y 10.

ejemplo que acabamos de ver en el asunto *López-Ostra contra España*. En esta misma línea Arlettaz recuerda lo siguiente: “El Estado tiene también una obligación positiva: la de garantizar que los individuos no realicen interferencias ilícitas en la libertad religiosa de otros individuos. Además, en el caso de que tales injerencias se produzcan (ya sea por particulares o por el propio Estado), el Estado debe establecer mecanismos que obliguen a la cesación del ilícito y a la reparación de los daños ocasionados”.<sup>345</sup> Esto último está previsto en el artículo 13 CEDH: toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados, tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.

Se ha señalado como una de las principales diferencias entre obligaciones negativas y positivas el hecho de que, mientras la apreciación del incumplimiento de las primeras conllevaría en principio un único efecto posible, eliminar la causa de la interferencia con el derecho fundamental indebidamente lesionado; en las segundas la misma apreciación de incumplimiento podría ser remediada mediante una pluralidad de actuaciones no definidas de antemano y que dejarían a los Estados un amplio margen de actuación a la hora de buscar equilibrios entre los intereses en conflicto.<sup>346</sup>

---

<sup>345</sup> ARLETTAZ, F., *Religión, libertades y Estado*, op. cit., p. 103.

<sup>346</sup> KLATT, M., “Positive Obligations under the European Convention on Human Rights”, en *Journal of International Law*, nº 71, pp. 694 y 695.

### III. 2. II. Recomendación N° 14 de Política General de la ECRI

La Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) adoptó el 22 de junio de 2012 su Recomendación n° 14 de Política General *Sobre la lucha contra el racismo y la discriminación racial en el empleo*<sup>347</sup>. Como señala el artículo 1 de su Estatuto, adoptado por el Comité de Ministros el 13 de junio de 2002, la ECRI tiene como mandato combatir el racismo, la discriminación racial, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia<sup>348</sup>. En su artículo 12, el citado Estatuto señala que el resultado de los trabajos de la ECRI son Recomendaciones dirigidas a los Estados miembros<sup>349</sup>.

La Recomendación n° 14, como resulta de su preámbulo, se adopta a partir de la convicción de la importancia que posee que las empresas creen espacios de trabajo donde los trabajadores sean respetados y sus aportaciones

<sup>347</sup> El texto completo se puede consultar y descargar en inglés y francés en el siguiente enlace: [www.coe.int/ecri](http://www.coe.int/ecri). Una versión en español está disponible en *Materiales didácticos*, n° 8, *En defensa de las Víctimas del Racismo, Xenofobia, Antisemitismo, Islamofobia, Antigitanismo, Homofobia y cualquier otra forma de Intolerancia*, Movimiento contra la Intolerancia, Madrid.

<sup>348</sup> Article 1: ECRI shall be a body of the Council of Europe entrusted with the task of combating racism, racial discrimination, xenophobia, antisemitism and intolerance in greater Europe from the perspective of the protection of human rights, in the light of the European Convention on Human Rights, its additional protocols and related case-law. It shall pursue the following objectives:

- to review member states' legislation, policies and other measures to combat racism, xenophobia, antisemitism and intolerance, and their effectiveness;
- to propose further action at local, national and European level;
- to formulate general policy recommendations to member states;
- to study international legal instruments applicable in the matter with a view to their reinforcement where appropriate.

<sup>349</sup> Article 12: ECRI's work on general themes shall generally consist of the adoption of general policy recommendations addressed to governments of member states and of the collection and dissemination of examples of "good practices" in combating racism, racial discrimination, xenophobia, antisemitism and intolerance.

valoradas, con independencia de su raza,<sup>350</sup> color, lenguaje, religión, nacionalidad u origen étnico.

Nos centraremos solamente en el estudio de alguno de los apartados de dicha Recomendación, puesto que un estudio total de la misma excedería del alcance de este trabajo.

Se recomienda a los Estados miembros:

1º: “Adoptar todas las medidas necesarias para eliminar *de iure* y *de facto* el racismo, la discriminación racial, y el acoso racial por motivos de pertenencia a una *raza*, color, lenguaje, religión, nacionalidad, origen étnico o nacional (en adelante: racismo, discriminación racial, acoso racial) en el empleo, tanto en el sector público como en el privado, y a aprobar las leyes y los mecanismos legales que garanticen el cumplimiento efectivo del derecho de igualdad en la práctica”.<sup>351</sup> En relación con la idea de *igualdad real*, Elósegui Itxaso pone de relieve cómo “la técnica de detección de discriminaciones indirectas está al servicio de la igualdad real, de hecho, en suma, la igualdad sustancial supera el mero formalismo jurídico de la igualdad *de iure*”<sup>352</sup>.

---

<sup>350</sup> Dado que todos los seres humanos pertenecen a la misma especie, la ECRI rechaza las teorías basadas en la aceptación de la existencia de razas diferentes. Sin embargo, en esta Recomendación la ECRI usa el término raza para garantizar que aquellas personas que son percibidas erróneamente como pertenecientes a otras razas no son excluidas de la protección que persigue esta Recomendación.

<sup>351</sup> Punto 1 de las recomendaciones a los Estados Miembros de la Recomendación nº 14 de Política General de la ECRI.

<sup>352</sup> ELÓSEGUI ITXASO, M., *El Concepto Jurisprudencial de Acomodamiento Razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la Gestión de la Diversidad Cultural y Religiosa en el Espacio Público*, op. cit., p. 205.



La ECRI ha definido racismo, discriminación racial directa y discriminación racial indirecta en los siguientes términos<sup>353</sup>: “a) *Racismo* se entenderá como la creencia de que la *raza*, el color, el idioma, la religión, la nacionalidad o el origen nacional o étnico, justifican el desprecio o rechazo a una persona o grupo de personas, o la consideración de superioridad por parte de una persona o grupo de personas. b) *Discriminación racial directa* se entenderá como cualquier tratamiento diferenciado basado en la *raza*, el color, el idioma, la religión, la nacionalidad o el origen nacional o étnico, que no tiene justificación objetiva ni razonable. El tratamiento diferenciado no tiene justificación objetiva ni razonable si este no persigue un fin legítimo o si no existe una relación proporcional entre los medios empleados y el objetivo que se pretende alcanzar. c) Por *Discriminación racial indirecta* se entenderá el caso en que un factor aparentemente neutral como una disposición, criterio o práctica no puede ser cumplido con facilidad debido a ciertas desventajas o por pertenecer a un grupo designado por su *raza*, color, idioma, religión, nacionalidad, origen nacional o étnico, salvo que este factor tenga una justificación razonable y objetiva. Este último sería el caso si el objetivo que se persigue es legítimo y si existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se pretende alcanzar”.

2º: “Aprobar planes nacionales que contengan una estrategia multidisciplinar para promover la igualdad y eliminar o prevenir el racismo, la discriminación racial y el acoso racial en el empleo, que contenga medidas para la integración de los grupos de atención preferente de la ECRI y sus derechos

---

<sup>353</sup> Estas definiciones fueron adoptadas por la ECRI en su Recomendación nº 7 de Política General.

de participación en igualdad, tanto en el empleo como en la vida económica”.<sup>354</sup>

La ECRI ha señalado que el concepto *grupos de atención preferente* dependerá de las circunstancias nacionales y podrá incluir por ejemplo a grupos inmigrantes, minorías nacionales y otros grupos vulnerables. Los informes anuales de la ECRI contienen una lista de grupos vulnerables en la que se incluyen entre otros los musulmanes, la comunidad judía, así como otras minorías religiosas.<sup>355</sup>

De este documento de la ECRI se desprende directamente la necesidad de establecer una práctica de acomodo razonable por parte del empresario. Así resulta de las siguientes recomendaciones:

-Promulgar una legislación conforme a la cual el empleador sea responsable por actos de racismo, discriminación o acoso racial, cometidos en el trabajo. El empresario será legalmente responsable, a menos que pueda demostrar que adoptó las medidas necesarias para prevenir dichos actos ilegales.<sup>356</sup>

-Garantizar que los empresarios revisan y comprueban sus procesos de selección de personal para asegurar que se elimina el racismo y la discriminación directa o indirecta. Asimismo, se revisará que las condiciones de acceso al puesto de trabajo, los criterios de selección y contratación, así como la promoción interna y el disfrute de servicios de formación de la empresa se

---

<sup>354</sup> Punto 2 de las recomendaciones a los Estados Miembros de la Recomendación nº 14 de Política General de la ECRI.

<sup>355</sup> Así resulta de la Recomendación nº 4 de Política General de la ECRI.

<sup>356</sup> Parágrafo 1 (j) de la Recomendación nº 14 de Política General de la ECRI.

realizan en igualdad de condiciones para todos los trabajadores. Desarrollar y promover códigos de conducta para las buenas prácticas en el empleo y planes de igualdad, con el fin de impulsar espacios de trabajo de respeto para todos y que sean reflejo de la diversidad. Esta medida hará que los empresarios promuevan la igualdad, y eliminen y prevengan la discriminación y el acoso racial en el puesto de trabajo. Dichos códigos deberán hacer referencia a los procesos de selección de personal, y a la igualdad de oportunidades en el acceso a los servicios de formación de la empresa, las posibilidades de promoción y las condiciones en que finalizan los contratos.

-Se mencionan otras posibilidades de progreso que incluyen pasos, en plazos razonables, para satisfacer las necesidades de las personas de ciertas minorías religiosas. Por ejemplo, proveer a los empleados de una sala específica para que puedan orar o que la empresa ponga a disposición de los empleados ciertos tipos de comida y dietas. También se podrían incluir medidas para asegurar que el código de vestimenta de la empresa no discrimine indirectamente a los grupos vulnerables y que las restricciones que puedan existir en este sentido, ya sea en la vestimenta o peinado, sean justificables.

### **III. 3. La prohibición de discriminación por motivos de conciencia en el ámbito laboral: la Unión Europea**

La Unión Europea (UE) y sus Estados Miembros promulgaron la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE),<sup>357</sup> que contiene una lista de derechos humanos inspirada en los derechos incluidos en las Constituciones de los Estados Miembros, el CEDH y los tratados universales de derechos humanos.<sup>358</sup> Aunque la UE no es propiamente miembro del CEDH, su normativa se ajusta en gran medida al mismo. El Tratado de Lisboa contiene un protocolo que obliga a la UE a incorporarse como parte, por derecho propio, al Convenio Europeo,<sup>359</sup> cuyo Protocolo 14 modifica el Convenio para hacer posible esta incorporación. Esto permitirá por tanto demandar directamente a la UE ante el TEDH por el incumplimiento del Convenio.

Aunque en un principio la Carta era de carácter meramente declarativo y, por tanto, jurídicamente no vinculante, desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa,<sup>360</sup> en 2009, la Carta modificó su naturaleza y adquirió carácter jurídicamente vinculante, lo que obliga a cumplirla a las instituciones de la Unión y también a los Estados miembros, si bien, en el caso de estos últimos,

---

<sup>357</sup> CDFUE de 7 de diciembre de 2000.

<sup>358</sup> Preámbulo de la CDFUE.

<sup>359</sup> Protocolo sobre el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

<sup>360</sup> Tratado de Lisboa por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, adoptado el 13 de diciembre de 2007. La ratificación de este tratado fue autorizada mediante Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa y el tratado fue ratificado mediante Instrumento de Ratificación publicado en el BOE nº 286 de 27 de noviembre de 2009.

únicamente al aplicar la legislación de la Unión.<sup>361</sup> La CDFUE, en su artículo 21, recoge una prohibición autónoma de discriminación por diversos motivos<sup>362</sup>.

El Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica original<sup>363</sup> incluía una prohibición de la discriminación en materia de empleo, para evitar que un Estado miembro pudiera obtener una ventaja competitiva frente a otros ofreciendo menores sueldos o condiciones menos favorables de trabajo a las mujeres.<sup>364</sup> Hasta el año 2000, la legislación de la UE contra la discriminación sólo era de aplicación en el ámbito del empleo y la seguridad social, y únicamente por razones de género. En 2000, el Consejo Europeo adoptó dos directivas: la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, que aplica el principio de igualdad de trato para las personas independientemente de su origen racial o étnico en ámbitos como el empleo, la formación profesional, la educación, los bienes y servicios y la protección social; la Directiva 2000/78/CE,

---

<sup>361</sup> Así resulta del artículo 6 de la CDFUE:

1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.

2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.

3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.

<sup>362</sup> Artículo 21. 1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. 2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados.

<sup>363</sup> Tratado Constitutivo del Comunidad Económica Europea.

<sup>364</sup> AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, CONSEJO DE EUROPA. *Manual de legislación europea contra la discriminación*, Oficina de publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2011, p. 14.

de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que prohíbe la discriminación por razones de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y en 2004 adoptó la Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

### **III. 3. I. La Directiva 2000/78/CE<sup>365</sup>**

De las tres Directivas europeas sobre discriminación nos centraremos en la Directiva 2000/78, que es la que más nos interesa para este estudio, tanto

---

<sup>365</sup> En España la transposición se llevó a cabo a través de un único acto jurídico, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y de orden social (artículos 27 a 43), BOE de 31 de diciembre de 2003. Se trata de una Ley de acompañamiento que modifica más de 50 actos legislativos. Es decir, modifica una serie de disposiciones fiscales, administrativas y sociales con una temática tan variada que resulta de extrema dificultad su comprensión por parte de la ciudadanía. Así el capítulo III, que es el de la transposición que nos incumbe, procede a modificar leyes tan importantes como “el Estatuto de los Trabajadores”, la “Ley de Procedimiento Laboral” y “la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social”. No deja de ser significativo que su transposición no mereciera ningún interés ni parlamentario ni por parte de la opinión pública siendo aprobada sin verdadero debate parlamentario, sin consulta con los agentes sociales y con las ONG y sin ningún comentario en los medios de comunicación. Dicho contexto permite comprender que el Grupo Nacional de trabajo “Por la diversidad. Contra la discriminación” constatará que en España ni los juristas, ni los empresarios, ni las posibles víctimas cuentan con información suficiente sobre esta normativa, siendo una ley totalmente desconocida por la opinión pública. En realidad nunca se ha informado, ni concienciado a la opinión pública y ni siquiera ha llegado el mensaje de las novedades que incorpora a los funcionarios o a las asociaciones de inmigrantes. Véanse algunas de la críticas formuladas en CACHÓN RODRÍGUEZ, L., “España y la Directiva 2000/43: de la ocasión perdida a una legislación general sobre igualdad de trato”, en *Tiempo de Paz*, nº 73, 2004, pp. 13-22; RAMÍREZ HEREDIA, J. D., “Algunas sospechosas ausencias en la transposición de la Directiva comunitaria relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico”, en *Tiempo de Paz*, nº 73, 2004, pp. 23-37; SEMPERE NAVARRO, V., “La incorregible Ley de Acompañamiento y el principio de igualdad. A propósito de la Ley 62/2003”, en *Actualidad jurídica Aranzadi*, nº 608, 2004.

por circunscribirse a la discriminación en el ámbito laboral, como por hacer referencia a la no discriminación por motivos religiosos. Su importancia reside en que, como señala Rosell Granados, “es el primer texto normativo de la Unión Europea donde se hace referencia de manera expresa a la protección del ejercicio del derecho de libertad religiosa del individuo y de las comunidades en el ámbito del trabajo. No trata de tutelar el ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa de forma directa. Simplemente lo que esta Directiva plantea es una tutela adicional”.<sup>366</sup> No obstante, hay que tener presente que la Directiva citada es deudora de la ya consolidada construcción comunitaria sobre discriminación por razón de género; debido a ello, en repetidas ocasiones nos referiremos a supuestos de discriminación por razón de género.

El concepto de discriminación directa se define en su artículo 2.2.a).<sup>367</sup> Debe existir, conforme al mismo, para que haya discriminación directa, un nexo causal entre el trato menos favorable que recibe una persona y el *motivo protegido*, en este caso, sus creencias religiosas o convicciones. Si bien, “La disposición o práctica aplicada no ha de hacer necesariamente referencia explícita al *motivo protegido*, siempre que mencione otro factor indisociable de éste. Básicamente, para determinar si existe una discriminación directa, se

---

<sup>366</sup> ROSELL GRANADOS, J., *La no discriminación por motivos religiosos en España*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2008, p. 64.

<sup>367</sup> Art. 2. 2. a) de la Directiva 2000/78: “Existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1 (entre ellos se encuentra la discriminación por motivos de religión o convicciones).”

analiza si el trato menos favorable se debe a un *motivo protegido* indisociable del factor concreto objeto de reclamación”.<sup>368</sup>

El Tribunal ha interpretado de forma amplia el alcance de los *motivos protegidos*, admitiendo la *discriminación por asociación*. En este sentido, en el asunto *Coleman contra Attridge Law y Steve Law*,<sup>369</sup> una madre alegaba haber sido objeto de un trato menos favorable en el trabajo por la discapacidad de su hijo, que le hacía llegar tarde en ocasiones al trabajo y por la que había solicitado una baja para atender a las necesidades del niño. La solicitud fue denegada y la reclamante recibió amenazas de despido y comentarios insultantes sobre el estado de su hijo. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) aceptó como referencia comparativa a sus compañeros de puestos similares y con hijos, y observó que se les concedían condiciones de flexibilidad cuando lo solicitaban, por lo que consideró que el caso constituía un supuesto de discriminación y acoso por la discapacidad del hijo.

El concepto de discriminación indirecta se define en el artículo 2.2.b) de la Directiva<sup>370</sup>. Un ejemplo claro de discriminación indirecta por los efectos que una disposición, en principio neutra, produce en un *grupo protegido* es el estimado por el TJUE en el asunto *Schönheit*.<sup>371</sup> Se trataba de un supuesto en

---

<sup>368</sup> AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, CONSEJO DE EUROPA, *Manual de legislación europea contra la discriminación*, op. cit. p. 26.

<sup>369</sup> STJUE, *Coleman contra Attridge Law y Steve Law*, Asunto C-303/06 (2008) Rec. I-5603, 17 de Julio de 2008.

<sup>370</sup> Artículo 2.2. b) de la Directiva 2000/78: “Existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción... respecto de otras personas, salvo que: i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios...”

<sup>371</sup> STJUE, *Hilde Schönheit contra Stadt Frankfurt am Main y Silvia Becker contra Land Hessen*, asuntos acumulados C-4/02 y C-5/02 (2003) Rec. I-12575, 23 de octubre de 2003.



el que las pensiones de los empleados a tiempo parcial se calculaban utilizando una tarifa diferente a la de los empleados a tiempo completo, que no estaba basada en la diferencia del tiempo trabajado, de modo que los empleados a tiempo parcial percibían una pensión menor que los empleados a tiempo completo, incluso teniendo en cuenta las diferencias en el tiempo trabajado, lo que en la práctica significaba una menor remuneración. Aunque esta disposición neutral sobre el cálculo de las pensiones se aplicaba igualmente a todos los empleados a tiempo parcial, dado que en torno al 88% de ellos eran mujeres, el efecto de la norma perjudicaba desproporcionadamente a las mujeres respecto a los hombres.

La diferencia entre discriminación indirecta y discriminación directa está en el desplazamiento de la atención desde el trato diferente hacia la diferencia en los efectos. Para declarar que la disposición o práctica es discriminatoria indirectamente el TJUE exigirá pruebas estadísticas de que una proporción grande de los perjudicados pertenece al *grupo protegido*. En este sentido: “Para que se considere discriminatoria, la medida debe afectar a un número muy superior de mujeres que de hombres”,<sup>372</sup> “o a muchas más mujeres que hombres”.<sup>373</sup>

En esta Directiva encontramos las llamadas causas de justificación del trato menos favorable:

---

<sup>372</sup> STJUE, *Rinner-Kühn contra FWW Spezial-Gebäudereinigung*, Asunto 171/88 (1989) Rec. 2743, 13 de julio de 1989.

<sup>373</sup> STJUE, *Nolte contra Landesversicherungsanstalt Hannover*, Asunto C-317/93 (1995) Rec. I-4625, 14 de diciembre de 1995.

### A. Causa de justificación general

En la legislación de la UE contra la discriminación, la causa de justificación general sólo es de aplicación a la discriminación indirecta.<sup>374</sup>

En la Directiva 2000/78 se recoge en los siguientes términos: “existirá discriminación indirecta (...) salvo que: la disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios.”<sup>375</sup>

El TJUE realizó un análisis profundo del concepto de justificación objetiva en el asunto *Bilka-Kaufhaus GmbH contra Weber Von Hartz*,<sup>376</sup> en el que los empleados a tiempo parcial alegaban que su exclusión del plan de pensiones laborales de Bilka (unos grandes almacenes) constituía una discriminación indirecta contra las mujeres, las cuales representaban la gran mayoría de los trabajadores a tiempo parcial. El TJUE consideró que el caso constituiría un supuesto de discriminación indirecta, a menos que la diferencia de derechos estuviera justificada, para lo cual debía acreditarse que “las medidas elegidas por Bilka corresponden a una necesidad real de la empresa, son adecuadas para conseguir los objetivos perseguidos y son necesarias para tal fin”. Bilka alegó que la finalidad de la diferencia de trato era desincentivar el trabajo a tiempo parcial e incentivar el trabajo a tiempo completo, debido a que

<sup>374</sup> En el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la causa de justificación general es de aplicación tanto a la discriminación directa como a la indirecta.

<sup>375</sup> Artículo 2. 2. b) i).

<sup>376</sup> STJUE, *Bilka-Kaufhaus GmbH contra Weber Von Hartz*, Asunto 170/84 (1986) Rec. 1607, 13 de mayo de 1986.

los trabajadores a tiempo parcial solían ser reacios a trabajar hasta tarde y a trabajar los sábados, lo que hacía más difícil mantener una dotación adecuada de personal. El TJUE consideró que esto podía constituir una finalidad legítima, pero no respondió a la cuestión de si la exclusión de los trabajadores a tiempo parcial del plan de pensiones era proporcionada para su consecución. La exigencia de que las medidas adoptadas sean necesarias implica que debe acreditarse la inexistencia de otros medios razonables que pudieran causar menos interferencias con el principio de igualdad de trato. “En el ámbito del empleo, el TJUE ha sido reacio a aceptar un trato diferente por razones de gestión relacionadas con los intereses económicos de los empleadores y se ha mostrado más dispuesto a aceptarlo por objetivos más amplios de política social y de empleo con implicaciones fiscales. En los asuntos relativos a estas consideraciones, el TJUE concede a los Estados un amplio *margen de discrecionalidad*”<sup>377</sup>.

### **B. Causas de justificación específicas**

La Directiva recoge tres causas específicas que permiten justificar un trato diferente. Nos referiremos brevemente a dos de ellas (las que atañen al objeto de este trabajo) puesto que se estudiarán de manera extensa más adelante.

1.- Requisitos profesionales: “los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con

---

<sup>377</sup> AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, CONSEJO DE EUROPA. *Manual de legislación europea contra la discriminación*, op. cit. pp. 46 y 47.

cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado”.<sup>378</sup> Esta causa de justificación permite a los empleadores diferenciar entre personas en base a una característica protegida directamente relacionada con la idoneidad o capacidad para desempeñar las funciones de un determinado puesto.

2.- Instituciones religiosas: La Directiva permite expresamente a las organizaciones basadas en la “religión” o “las convicciones” imponer determinadas condiciones a sus empleados. Las disposiciones de la Directiva se entenderán si perjuicio de “el derecho de las iglesias y de las demás organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en una religión o en unas convicciones determinadas a exigir en consecuencia, a las personas que trabajen para ellas, una actitud de buena fe y de lealtad hacia la ética de la organización”. Los empleadores relacionados con organizaciones religiosas pueden quedar también incluidos en el ámbito de la causa de justificación del *requisito profesional esencial* que permite un trato diferente por los principios religiosos de la organización en cuestión.<sup>379</sup>

Tras la exposición de la Directiva 2000/78 que hemos llevado a cabo, nos llama la atención el hecho de que guarda silencio absoluto

---

<sup>378</sup> Artículo 4. 1. de la Directiva 2000/78.

<sup>379</sup> Artículos 4. 1. y 2. de la Directiva 2000/78.

sobre toda posible obligación del empresario al acomodo, o al menos intento de acomodo, del trabajador por motivos de religión o convicciones. Llama la atención especialmente, por contraste, si reparamos en que sí se ha introducido la obligación de practicar ajustes razonables para adaptar la prestación laboral de personas discapacitadas que le impone el artículo 5 de la Directiva.<sup>380</sup>

Ahora bien, entendemos que este silencio no debe ser obstáculo para introducir la necesidad de un acomodo razonable por motivos religiosos o de convicciones. Si se enfoca el problema desde la perspectiva del concepto de discriminación indirecta, el empresario vendrá obligado a demostrar, tal como le exige el artículo 2.1. de la Directiva, que existe una finalidad legítima y que los medios para alcanzar esa finalidad han sido los adecuados y necesarios, lo que abriría un cierto camino al deber empresarial de adaptación.

---

<sup>380</sup> “los acomodos concedidos a los minusválidos no deberían ser confundidos con los acomodos religiosos dado que los primeros no han elegido su minusvalía, mientras que un creyente puede elegir renunciar a tal o cual práctica. Esta distinción, aunque convincente en apariencia, minimiza el hecho de que ciertas opciones religiosas son vividas en la realidad como no opcionales. Infringir estas opciones de conciencia sería equivalente a entrometerse en la integridad moral de la persona. Sería rebajar unas elecciones que emanan de convicciones profundas a la categoría de simples caprichos o deseos. Dejar de establecer distinción entre los caprichos y las convicciones profundas (sean de naturaleza religiosa o secular) equivaldría a renunciar a uno de los logros más valiosos de nuestra civilización.” BOUCHARD, G. y TAYLOR, C., *Construir el futuro. El tiempo de la reconciliación*, op. cit., p. 50.



## **El ejercicio del derecho a la libertad de conciencia del trabajador en la empresa ideológicamente neutral**

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Reinterpretación constitucional del Derecho laboral. III. Interiorización de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo. 1. Autodeterminación individual en el contrato de trabajo. 2. El convenio colectivo como instrumento para el acomodo razonable. IV. Supuestos conflictivos durante el desarrollo de la vida laboral como consecuencia del ejercicio externo de la libertad de conciencia del trabajador. 1. El momento de la contratación. 1.1. Declaración sobre las propias creencias o convicciones y el derecho a la intimidad. A) Creencias religiosas y convicciones: datos sensibles. B) La buena fe del trabajador o del solicitante de trabajo. 1.2. Justificación de la diferencia de trato no discriminatoria. 2. Desarrollo y prestación de la actividad laboral. 2.1. Uso de símbolos personales. A) Prendas simbólicas que cubren la cabeza. B) La apariencia física. 2.2. Jornada laboral y festividades religiosas. A) La celebración de festividades

religiosas por el trabajador y su prueba. **B)** Dos ejemplos jurisprudenciales del alcance de la obligación de acomodo razonable del descanso laboral del trabajador por motivos de conciencia. **3.** La extinción del contrato. **3.1.** *Eweida* y otros ante el TEDH. Hechos. **3.2.** La decisión de la Corte Europea.



## **I. INTRODUCCIÓN**

A lo largo de este capítulo vamos a tratar de identificar y poner de relieve diferentes situaciones de discriminación, mayoritariamente indirectas, que puede sufrir un trabajador en el ámbito laboral y dentro de una empresa ideológicamente neutral como consecuencia del ejercicio del derecho a la libertad de conciencia. Al mismo tiempo, trataremos de presentar la necesidad de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico una previsión positiva general de acomodo razonable que sirva como técnica jurídica pertinente para resolver, por un lado, las posibles situaciones de discriminación indirecta que puedan originarse y, por otro lado, los conflictos que se planteen entre los intereses empresariales y los derechos del trabajador.

Iniciaremos el estudio de esta conflictividad recordando la valiosa doctrina asentada por el TC en torno al ejercicio de la libertad religiosa: “la libertad religiosa garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual”, y asimismo, “junto a esta dimensión interna, esta libertad incluye también una dimensión externa de *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros”<sup>381</sup>. Y más específicamente: “la dimensión externa de la libertad religiosa se traduce en la posibilidad de ejercicio,

---

<sup>381</sup> STC 177/1996, de 11 de noviembre, FJ 9.

inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso<sup>382</sup>. Y con este carácter amplio y abierto se recoge el ejercicio de la libertad religiosa en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa (LOLR), que otorga cobertura a cualquier manifestación de esta libertad siempre que se mueva dentro de los límites que establece el artículo 3.1: la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas de los demás, así como la salvaguarda de la seguridad, la salud y la moralidad públicas.

Siendo esto así, entendemos que el hecho de que, en la inmensa mayoría de los casos, los trabajadores presten sus servicios en empresas ideológicamente neutrales, es decir, en empresas que no son ideológicas o *de tendencia*, no significa que en las mismas deba regir un principio de neutralización de las convicciones éticas y religiosas de los trabajadores. Con estas palabras lo manifiesta Rossell Granados: “los trabajadores, en el ejercicio de su derecho de libertad religiosa, tienen reconocido el derecho a manifestar públicamente su credo y a vivir conforme al mismo en todos los aspectos de su vida, también el laboral”<sup>383</sup>. Ahora bien, el ejercicio del derecho a la libertad religiosa en su dimensión externa en el ámbito laboral por parte del trabajador produce en numerosas ocasiones una colisión con el derecho del empresario a gestionar la organización de su empresa del modo más adecuado para conseguir criterios de eficiencia productiva y económica.

---

<sup>382</sup> STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4.

<sup>383</sup> ROSSELL GRANADOS, J., *La no discriminación por motivos religiosos en España*, op. cit., p. 104.

Los conflictos, en el sentido en el que estamos hablando, son consecuencia del ejercicio del trabajador de su derecho a la libertad de conciencia dentro del ámbito laboral. Como señala García Murcia, estos problemas tienen que ver con: “el progresivo reconocimiento de los derechos sociales y las libertades públicas en el mundo del trabajo, desde el momento en que el ejercicio de tales derechos o el mero hecho de hacerlos valer frente al empresario (piénsese ahora en la libertad ideológica y de creencias), corre el riesgo de convertirse en un factor de diferenciación, discriminación o perjuicio”<sup>384</sup>. Desde otra perspectiva, como apunta Cañamares Arribas: “muchos de los conflictos más recientes en materia de libre ejercicio de la religión han estado provocados por el deseo de los inmigrantes de ejercer, en los distintos ámbitos de nuestro tejido social, algunas de sus prácticas religiosas que, en ocasiones, se han considerado contrastantes con las de la mayoría”<sup>385</sup>. El problema comienza, por lo tanto, cuando la uniformidad religiosa de las sociedades se resquebraja, siguen vigentes las normas de las tradiciones mayoritarias, y no se regula un sistema que respete y acomode las creencias y convicciones de otras personas.

Nos centraremos en aquellos conflictos que se producen cuando colisionan, por un lado, los principios religiosos o morales del trabajador y, por otro, su obligación de desarrollar una determinada actividad. Normalmente esa obligación se encuentra contractualmente definida, de manera que el conflicto

---

<sup>384</sup> GARCÍA MURCIA, J., “Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales”, en *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española. Estudios en Homenaje al profesor Miguel Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer*, M. E. Casas Baamonde, F. Durán López, J. Cruz Villalón (coords.), La Ley, Madrid, 2006, pp. 386 y 387.

<sup>385</sup> CAÑAMARES ARRIBAS, S., “Libertad religiosa e igualdad. Algunos supuestos discutidos”, en *RGDCDEE*, nº 25, Iustel.com, 2011, p. 4.

entre conciencia y ley no se produce de manera directa, sino sólo indirecta, en la medida en que el contrato está respaldado por la legislación. No ha de olvidarse, en todo caso, que la contratación laboral, aun siendo en rigor una relación de derecho privado, se halla sometida a una normativa que presenta algunas de las características del derecho público, por el acentuado interés social que tiene esa clase de contratos. Lo cual determina que en el mundo de las relaciones de trabajo la voluntad de las partes sea menos autónoma, y esté sometida a determinados condicionantes que serían poco concebibles en la dinámica contractual ordinaria. Esto resulta especialmente visible en lo concerniente al respeto de los derechos fundamentales del trabajador y su derecho a un trato igualitario. En otras palabras, la contratación laboral está especialmente afectada por los principios constitucionales.<sup>386</sup>

## **II. REINTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO LABORAL**

Los derechos y libertades fundamentales del trabajador, como persona, como ciudadano y como tal trabajador, se han proyectado sobre el Derecho del Trabajo, dándole una nueva dimensión, y han hecho necesaria una conjunción o coordinación entre la interpretación y aplicación de la Constitución y la interpretación y aplicación de las disposiciones laborales que afectan a esos derechos fundamentales, en lo que se ha llamado reinterpretación constitucional del Derecho del Trabajo.

---

<sup>386</sup> NAVARRO VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Conflictos entre conciencia y ley: las objeciones de conciencia*, op. cit., p. 420.

Respecto a esta reinterpretación constitucional del Derecho del Trabajo, ampliamente estudiada por Rodríguez-Piñero, señala el citado autor: “La propia abstracción, rigor y generalidad de la norma, que es su punto fuerte, es también el punto débil de cualquier intento de lograr la ósmosis entre Constitución y contrato de trabajo a través de su abandono al simple juego de reglas normativas, porque este contrato, esencialmente flexible y maleable, siempre adaptado a las circunstancias, tiende a huir de reglas excesivamente cerradas y rígidas. De ahí la importancia que ha adquirido en la teoría de los derechos fundamentales la función creadora que éstos implican en el momento de la interpretación de las normas jurídicas que lo desarrollan. La Constitución y los derechos fundamentales deben ser guía de interpretación de las normas jurídicas a ellos subordinadas. Esta interpretación constitucional implica concebir el proceso hermenéutico como una labor tendente a maximizar y optimizar la eficacia de los derechos fundamentales, criterio hermenéutico al que no cabe renunciar, y que supone necesariamente una renovación de los conceptos y de las reglas del Derecho del Trabajo”.<sup>387</sup>

Pero además, es importante destacar, tal y como resalta Díaz Revorio, que en el ámbito del Derecho del Trabajo juega un papel muy relevante la igualdad material. No sólo por las eventuales obligaciones que, previa mediación legislativa, pueden corresponderle al empresario para facilitar esa igualdad real y efectiva de determinados colectivos; sino fundamentalmente porque el propio Derecho del Trabajo es un sector del ordenamiento cuya finalidad primordial es compensar la desigual posición de partida entre

---

<sup>387</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo”, en *Tres décadas de relaciones laborales*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2015, p. 91.

trabajador y empresario.<sup>388</sup> En este sentido, valorando algún precepto legal que daba un trato más exigente al empresario que al trabajador (la obligación de consignar la condena para interponer recurso) ha dicho el Tribunal Constitucional que "la disparidad normativa se asienta sobre una desigualdad originaria entre trabajador y empresario que tiene su fundamento no sólo en la distinta condición económica de ambos sujetos, sino en su respectiva posición en la propia y especial relación jurídica que los vincula, que es de dependencia o subordinación de uno respecto del otro", añadiendo que "de todo ello deriva el específico carácter del Derecho laboral, en virtud del cual, mediante la transformación de reglas indeterminadas que aparecen indudablemente ligadas a los principios de libertad e igualdad de las partes sobre los que se basa el derecho de contratos, se constituye como un ordenamiento compensador e igualador en orden a la corrección, al menos parcialmente, de las desigualdades fundamentales".<sup>389</sup>

En un momento de relativo desconcierto del Derecho del Trabajo, en el que los imperativos económicos del mercado cuestionan muchos de los dogmas tradicionales de la disciplina, es bueno recordar esta vigencia de los derechos fundamentales en la empresa, que puede ser un antídoto para emancipar al contrato de trabajo de su excesiva subordinación a la economía. Los requerimientos del avance de la teoría de los derechos fundamentales en el constitucionalismo moderno, que, impulsados en su inicio por instituciones estrictamente laborales, devuelven al Derecho del Trabajo parte del tradicional papel de vanguardia del Derecho privado que, en este marco, ha sido

---

<sup>388</sup> DÍAZ REVORIO, F. J., *Discriminación en las relaciones entre particulares*, op. cit., p. 149.

<sup>389</sup> STC 3/1983, de 25 de enero, FJ 3. y en la misma línea, SSTC 14/1983, de 28 de febrero, y 114/1983, de 6 de diciembre.

relativamente descuidado. En este marco el Derecho del Trabajo se transforma, pero no se desnaturaliza. La Constitución le da una nueva dimensión y le exige nuevos planteamientos para recobrar su auténtico papel de garantía de la autodeterminación y autorrealización del trabajador como ciudadano.<sup>390</sup> Es claro, por ello, que libertades fundamentales, como la libertad de conciencia y más concretamente la libertad religiosa, no son ajenas a la organización productiva o a su lógica. Constituyen un marco en el que ésta ha de hallar una nueva interpretación, dejándoles paso abierto a través de un proceso de reajuste del conjunto de derechos y deberes de las partes del contrato.

### **III. INTERIORIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CONTRATO DE TRABAJO**

Cabe destacar que, con carácter general, nuestro más alto Tribunal ha proclamado explícitamente la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones de trabajo, señalando que "la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano".<sup>391</sup> De una manera más específica, en relación con la igualdad, ha proclamado que "las relaciones entre particulares, si bien con ciertas

---

<sup>390</sup> RODRIGUEZ- PIÑERO, M., "Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo", en *Tres décadas de relaciones laborales*, op. cit., p. 94.

<sup>391</sup> STC 88/1985, de 19 de julio, FJ 2. La misma sentencia citada añade más adelante: "Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que establece el art. 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquélla por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de feudalismo industrial repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza".

matizaciones, no quedan, pues, excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad, y la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas, de rango constitucional u ordinario, de las que se derive la necesidad de igualdad de trato.<sup>392</sup>

Ello ha afectado a la incidencia de los derechos fundamentales del trabajador en el contrato de trabajo en el que se pone en juego directamente la persona, su dignidad y su libertad, resultando decisivo que los valores éticos y los derechos constitucionales informen también el contenido de ese contrato. Es doctrina constitucional consolidada, como hemos visto, que la celebración del contrato de trabajo no priva al trabajador de sus derechos constitucionales y que las organizaciones productivas no son ajenas a los principios y derechos constitucionales que informan las relaciones laborales.<sup>393</sup> Esta llamada *interiorización* de los derechos fundamentales en los mecanismos contractuales ha dado lugar a conflictos entre los derechos fundamentales y las obligaciones asumidas por el trabajador, que deben evitarse a través de un delicado proceso de adaptación y de ponderación de los derechos fundamentales y de las obligaciones contractuales. La libertad de empresa y el contrato de trabajo no son sin más un título legitimador de limitaciones de los derechos fundamentales, pues el trabajador no pierde su condición de ciudadano por insertarse en la empresa; a su vez, los derechos fundamentales no pueden invocarse por sí

---

<sup>392</sup> STC 177/1988, de 10 de octubre, FJ 4.

<sup>393</sup> STC 88/1985, de 19 de julio.



solos como cláusulas de excepción ilimitadas que autorizasen el incumplimiento por el trabajador de sus deberes y obligaciones laborales.<sup>394</sup>

Según conocida jurisprudencia constitucional, la libertad constitucionalmente protegida no podrá invocarse para romper el marco normativo y contractual de la relación laboral, pero los principios que la informan, y que preservan el honesto y leal cumplimiento por las partes de sus obligaciones respectivas, no podrán entenderse en términos que impidan, más allá de los imperativos impuestos por el contrato, el ejercicio de la libertad que la Constitución garantiza.<sup>395</sup> El cumplimiento leal y de buena fe de las obligaciones laborales proscribire una actuación del trabajador dirigida intencionalmente a inferir un daño moral o material al empleador; el fraude, la deslealtad o el abuso de confianza no pueden ampararse bajo ningún derecho constitucional.<sup>396</sup> Los derechos fundamentales modulan el contenido del contrato y, en especial, el ejercicio de los poderes empresariales que no puede producir resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador, incluida la sanción por el ejercicio legítimo de tales derechos por parte del trabajador.<sup>397</sup>

Los derechos fundamentales han de aplicarse *moduladamente* en el contrato de trabajo para hacerlos compatibles con los derechos y deberes que nacen de la relación contractual creada voluntariamente por las partes,<sup>398</sup> y

---

<sup>394</sup> STC 129/1989, de 17 de julio.

<sup>395</sup> STC 6/1988, de 21 de enero.

<sup>396</sup> *Ibidem*.

<sup>397</sup> STC 94/1984, de 16 de octubre.

<sup>398</sup> STC 177/1988, de 10 de octubre.

para tutelar legítimos intereses empresariales.<sup>399</sup> La modulación constitucional del contrato de trabajo implica la búsqueda de una concordancia práctica y de un adecuado equilibrio entre las obligaciones laborales del trabajador y el ámbito de sus libertades y derechos constitucionales.<sup>400</sup> Ello se desarrolla sobre todo en prohibiciones o límites, como orden público constitucional, por ejemplo, obligando al respeto a la intimidad en el tratamiento informático de los datos personales, pero también integrando cláusulas generales, como la buena fe<sup>401</sup>, o complementado el contenido del contrato, de modo que los derechos fundamentales influyen en la dinámica del contrato y en la interpretación y aplicación de las normas laborales referentes al mismo. En suma, las obligaciones y derechos contractuales están condicionadas por los derechos fundamentales del trabajador y, a su vez, el ejercicio de éstos ha de respetar exigencias y limitaciones legítimas derivadas del contrato, que puede condicionar el ejercicio del derecho o la libertad.<sup>402</sup>

Una protección especialmente intensa se ha concedido a aquellos derechos fundamentales cuya protección se ha vinculado a la dignidad de la persona. A la dignidad se refiere el Estatuto de los Trabajadores al reconocer al trabajador el derecho a la consideración debida a su dignidad art. 4. 2. e) y al prescribir que la dirección y control de la actividad laboral ha de hacerse por el empresario con la consideración debida a la dignidad humana del trabajador. Tomar como punto de partida el art. 10.1. CE ha permitido que la dignidad de la persona, la inviolabilidad de los derechos que le son inherentes y el libre

---

<sup>399</sup> STC 204/1997, de 25 de noviembre.

<sup>400</sup> STC 6/1988, de 21 de enero.

<sup>401</sup> STC 6/1995, de 10 de enero.

<sup>402</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “Libertad ideológica, contrato de trabajo y objeción de conciencia”, en *Tres décadas de relaciones laborales*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2015, p. 256.

desarrollo de la personalidad hayan sido el elemento común de referencia para garantizar los derechos fundamentales y las libertades públicas del trabajador en el contrato de trabajo, y para evitar que en el desarrollo del contrato el trabajador viera afectada su dignidad, su personalidad y los derechos inherentes al ser humano, no sólo en su aspecto externo, sino también en el ámbito interno del modo de ser y de pensar.

### **III. 1. Autodeterminación individual en el contrato de trabajo**

Entendemos que el contrato de trabajo se presenta como el medio más adecuado para la interiorización de los derechos fundamentales en la relación laboral y, especialmente, para la modulación de los derechos y deberes del trabajador y del empresario en un proceso de ponderación a través de la técnica del acomodo razonable.

El marco del contrato de trabajo es el terreno donde más importante es la reflexión y la reconstrucción teórica. Aceptar la protección de los derechos fundamentales sobre el conjunto de deberes y derechos de las partes de la relación de trabajo, tiene consecuencias trascendentales. El reconocimiento de derechos como la intimidad, la libertad de expresión, la prohibición de discriminación, la libertad de conciencia en el trabajo... no puede dejar inalterada la estructura de una relación jurídica que fue concebida sin tenerlos en cuenta o los colocó en un plano muy secundario. Es cierto, que el derecho o libertad no cambia de naturaleza por desarrollarse o realizarse frente a un

particular o frente a un poder público, pero su contenido no tiene por qué ser el mismo o coincidir según opere frente a un poder público o frente a un particular.<sup>403</sup>

Ante la función fundamental que se encomienda al contrato de trabajo, ser el receptor de una obligación positiva general de acomodo razonable que se impone al empresario en aras de la protección de la libertad de conciencia de sus trabajadores, se hace imprescindible la revisión del mecanismo contractual. El marco contractual requiere ser revisado: es un esquema en el que predomina y prima la lógica organizativa productiva, que tiende a autolegitimarse y a proporcionar mensajes de discrecionalidad y racionalidad económica que desmienten o neutralizan los intentos de producir otras lógicas compensatorias, basadas en principios diversos. De lo que se trata ahora no es de negar aquella lógica productiva, sino enmarcarla y someterla a una necesaria revisión crítica.<sup>404</sup>

El contrato no puede ser el instrumento de autodeterminación de tan sólo una de las partes contractuales, sino que debe garantizar la autodeterminación de ambas. En caso de desequilibrio entre las partes contratantes, los resultados del proceso de la negociación contractual o del proceso de mercado no pueden ser asumidos por el ordenamiento jurídico como incuestionables. La necesidad de corregir o compensar un desequilibrio, pone de relieve que sólo en caso de equilibrio, puede presumirse que el contrato cumple su función. Y el equilibrio hace alusión a la idea de igualdad.

---

<sup>403</sup> RODRIGUEZ-PIÑERO, M., “Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo”, en *Tres décadas de relaciones laborales*, op. cit., p. 90.

<sup>404</sup> *Ibidem*, p. 91.

Esto supone, como advierte Aguilera Rull, que los poderes públicos, para garantizar la libertad de contratación no pueden limitarse a tomar los contratos que las partes han celebrado, tomándolos como ejercicios de libertad que reflejan la voluntad de las partes. La protección de la libertad de contratación exigirá del legislador que éste niegue la eficacia a aquellos contratos que sólo sean el instrumento de autodeterminación de una de las partes en detrimento de la otra. El contenido de la libertad de contratación no puede ser, por tanto, equiparada a la no intervención estatal en la autorregulación de los particulares.<sup>405</sup>

Partiendo siempre de la anterior premisa pero también del redescubrimiento del individuo y de la necesidad de un margen de autodeterminación en el contrato de trabajo, así como de la ampliación del papel de la libertad contractual en la regulación y desarrollo del contrato, podemos reconocer en éste un instrumento de libertad y de realización de la tutela de intereses legítimos; claro está, sin desconocer el papel normativo fundamental que sigue desempeñando la norma legal y la norma colectiva.

Desde este enfoque, Rodríguez- Piñero afirma: “Se asigna al contrato, no sólo una función constitutiva, sino también una función reguladora y, sobre todo, administradora en el desarrollo del contrato, al encontrar los poderes empresariales un fundamento contractual, y al jugar ahora la voluntad concorde del trabajador un papel decisivo en la legitimidad del ejercicio de los poderes empresariales, en particular en las modificaciones sustanciales de condiciones

---

<sup>405</sup> AGUILERA RULL, A., “Prohibición de discriminación y libertad de contratación”, en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, nº 1, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2009, p. 24.

de trabajo. Se trata de evitar también un sacrificio total de lo individual frente a lo colectivo, y de superar la consideración de la incapacidad del trabajador para gestionar sus propios intereses, limitando excesos reguladores que hacen del trabajador no un sujeto, sino un objeto pasivo de la regulación. La búsqueda de una regulación laboral menos rígida y más adaptable ha supuesto una reorganización del papel del contrato y de la libertad contractual, recobrando el trabajador una libertad de la que había sido expropiado y considerándose la normativa laboral como un presupuesto para el libre ejercicio de la autonomía individual”.<sup>406</sup>

La normativa laboral ha tendido a regulaciones cerradas, centradas en el reconocimiento de derechos subjetivos, y previendo en lo posible todo tipo de incidencias y vicisitudes pensables. Sin embargo, el contrato de trabajo es esencialmente flexible y maleable, ha de adaptarse a los cambios de circunstancias para asegurar su permanencia, y por ello es inapropiado para someterse a reglas excesivamente cerradas y rígidas. A tal respecto, las cláusulas generales que ofrece el Derecho Civil, como el respeto del orden público o la buena fe, son flexibles y cambiantes, se adaptan al marco social en que se desarrollan, contribuyen a paliar la rigidez de las normas y pueden proporcionar apoyos interpretativos valiosos en el proceso de transformación interna del contrato y el Derecho del Trabajo, enmarcando también los riesgos que derivan de la aceptación de una lógica organizativa-productiva.<sup>407</sup>

---

<sup>406</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “La emancipación del Derecho del Trabajo del Derecho Civil”, en *Tres décadas de relaciones laborales*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2015, p. 105.

<sup>407</sup> *Ibidem*, p. 106.

En definitiva lo que defendemos es que la llamada por el TC *modulación* y que se predica no sólo de los derechos fundamentales del trabajador sino que también abarca los poderes del empresario en la organización productiva ha de precisarse en el contrato de trabajo a través de la técnica del acomodo razonable. Se trataría de un proceso que en cierta medida altera las vías clásicas ofrecidas por la teoría del contrato de trabajo, al obligar a reconocer y situar en el interior de la estructura de la relación posiciones subjetivas del trabajador, vinculadas al respeto debido a su dignidad y que crean verdaderos deberes de actuar o soportar a cargo del empresario.

### **III. 2. El convenio colectivo como instrumento para el acomodo razonable**

Tradicionalmente, los derechos fundamentales se han concebido como un límite para el legislador, que ha de respetar el contenido esencial de los mismos, en cuanto que las leyes sólo valen dentro del ámbito de la Constitución y de los derechos fundamentales. Pero como ya hemos expuesto reiteradamente, la moderna teoría de los derechos fundamentales destaca que los mismos también imponen obligaciones o deberes positivos para el legislador. El Tribunal Constitucional español ha afirmado que: “los derechos fundamentales, como componentes estructurales básicos de todos los sectores del ordenamiento, no sólo imponen a los poderes del Estado la obligación negativa de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no

exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales los impulsos y las líneas directivas, obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor constitucional quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa”.<sup>408</sup> Podemos decir por tanto, que de este modo, los derechos fundamentales desarrollan en el ordenamiento jurídico una función innovadora o creadora, y desempeñan un papel trascendental en la creación del Derecho positivo, como necesarios puntos de apoyo para una reconstrucción unificada y permanente del ordenamiento jurídico, incluido el Derecho del Trabajo.

Por esta razón, “las reglas emanadas de la autonomía colectiva, resultado ellas mismas del ejercicio de un derecho fundamental, se transforman en cauces de desarrollo o exteriorización de derechos de alcance estrictamente individual, cuando su trascendencia reguladora permite proyectar sobre ellas mandatos constitucionales de salvaguarda de derechos inherentes a la dignidad y libertad de los sujetos destinatarios. Esta afirmación tiene, desde luego, una vertiente negativa, no lesionar o regular de forma contraria a los derechos fundamentales, lo que supone un filtro añadido, de particular importancia para valorar la regularidad en el ejercicio de los poderes de negociación colectiva, especialmente útil”.<sup>409</sup>

El principio de igualdad "en" la ley, consecuencia de la igualdad "ante" la ley, es hoy ante todo un mandato dirigido al legislador para que la ley no

---

<sup>408</sup> STC 53/1985, de 11 de abril.

<sup>409</sup> RODRIGUEZ-PIÑERO, M., “Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo”, en *Tres décadas de relaciones laborales*, op. cit., p. 90.



distinga entre supuestos de hecho de forma arbitraria o irrazonable (y el correspondiente derecho de los ciudadanos a no sufrir los perjuicios de una ley de tal tipo). Como es sabido, ello conlleva la necesidad de encontrar un *tertium comparationis* que, siendo similar, reciba un trato diferente,<sup>410</sup> así como el sometimiento del trato diferente a dos "juicios" o "tests: como son el "test de relevancia", que comprueba si la diferencia entre los supuestos de hecho que reciben trato diferente es significativa (de no serlo no habría justificación para el trato diferente), y el "juicio de razonabilidad", que analiza si el trato diferente tiene una finalidad constitucional, es congruente con la misma y guarda con ella una relación de proporcionalidad.<sup>411</sup>

Si (a los efectos de determinar el sentido de la expresión "igualdad en la ley") se entiende el término "ley" en un sentido material y amplio, esto es, como norma jurídica, cabría plantear si los convenios colectivos quedarían incluidos en ese concepto y, por tanto, les son aplicables a los mismos las consecuencias derivadas del principio en examen. Como es sabido, el

<sup>410</sup> GAVARA DE CARA, J. C., *Contenido y función del término de comparación en la aplicación del principio de igualdad*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 33 y ss.

<sup>411</sup> Prácticamente toda la bibliografía sobre la materia aborda la cuestión del funcionamiento de los mencionados "tests" para comprobar si una ley es conforme con el principio de igualdad en la ley. Son de interés los trabajos de: ALONSO GARCÍA, E., "El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española", en *Revista de Administración Pública*, nº 100, 1983, pp. 23 y ss.; GIMÉNEZ GLÜCK, D., *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona, 2004, pp. 55 y ss., es muy interesante el análisis llevado a cabo por CARRASCO PERERA, A., "El juicio de razonabilidad en la Justicia constitucional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 11, 1984, que analiza este tipo de razonamiento constitucional desde una perspectiva general que trasciende el ámbito de la igualdad. En la doctrina norteamericana, es de gran interés el trabajo de TUSSMAN, J. y TENBROEK, J., "The equal protection of the laws", en *California Law Review*, vol. XXXVII, nº 3, 1949, pp. 341 y ss. En todo caso, encontrarnos algunas diferencias entre los autores. Así, por ejemplo, ALONSO GARCIA distingue en realidad diversos "tests", como el test de la desigualdad y el de la relevancia, por un lado, y luego el juicio de razonabilidad (consistente en la existencia o no de una justificación objetiva y razonable para la diferencia de trato), que a su vez engloba un "test de racionalidad" (relación positiva entre medios y fines) y uno de razonabilidad en sentido estricto (consistente en la contrastación de los motivos o razones alegados para el trato desigual, con los valores constitucionales). Por último, analiza la "alternativa menos gravosa" y el criterio de la proporcionalidad. Por su parte, GIMÉNEZ GLÜCK entiende que la expresión "juicio de razonabilidad" es demasiado general: y divide el juicio de igualdad en un "juicio de racionalidad" de la clasificación legislativa, y "juicio de proporcionalidad".

convenio colectivo es una norma vinculante *erga omnes*, pero que no procede de una potestad normativa pública, sino de la voluntad negocial de sujetos particulares.<sup>412</sup> Su vinculación general deriva del art. 37 de la Constitución, que encomienda al legislador el establecimiento de dicho alcance vinculante; y que ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional.<sup>413</sup> Por tanto, si el sentido de "ley" en la expresión "igualdad en la ley" comprende las normas jurídicas generales y vinculantes, habría que entender que dicho principio es aplicable a los convenios colectivos.

La doctrina del Tribunal Constitucional, que ha permanecido inalterada en el tiempo, confirma esta idea, y de hecho el Tribunal ha valorado la constitucionalidad de convenios usando el parámetro de la igualdad. En esta línea, conviene transcribir algunas de las afirmaciones más relevantes al

<sup>412</sup> Así lo destaca por ejemplo Eduardo ESPÍN, en LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN, E. *et alt.*, *Derecho Constitucional*, vol. I, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 106. Este es uno de los muy escasos manuales de Derecho Constitucional que dedican un apartado específico a los convenios colectivos al estudiar las fuentes del Derecho. En cambio los manuales de Derecho del Trabajo suelen estudiar el convenio colectivo, dedicando siempre algunas páginas a su carácter normativo y su posición en el sistema de fuentes. Por ejemplo, PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. *Derecho del Trabajo*, 16ª ed., Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008, pp. 187 y ss.; MARTÍN VALVERDE, A. *et alt.*, *Derecho del Trabajo*, 18ª ed., Tecnos, Madrid, 2009, pp. 124 y ss.; MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, 30ª ed., Tecnos, Madrid, 2009, pp. 151 y ss.; CRUZ VILLALÓN, J., *Compendio de Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2009, pp. 79 y ss.; ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, E., *Derecho del Trabajo*, 26ª ed., Civitas, Madrid, 2009, pp. 1105 y ss. De carácter más específico, puede citarse el trabajo del propio ALONSO OLEA, M., *Las fuentes del Derecho en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1990, pp. 125 y ss., y también ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., *Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000, especialmente pp. 49 y ss.

<sup>413</sup> STC 58/1985, de 30 de abril, F J 3., que señala: "el mandato que el art. 37.1 de la Constitución formula a la Ley de garantizar la fuerza vinculante de los Convenios no significa que esta fuerza venga atribuida *ex lege*. Antes al contrario, la misma emana de la Constitución, que garantiza con carácter vinculante los Convenios, al tiempo que ordena garantizarla de manera imperativa al legislador ordinario. La facultad que poseen "los representantes de los trabajadores y empresarios" (art. 37.1 de la C.E.) de regular sus intereses recíprocos mediante la negociación colectiva es una facultad no derivada de la Ley, sino propia, que encuentra su expresión jurídica en el texto constitucional. "De otra parte la garantía constitucional de la fuerza vinculante implica, en su versión primera y esencial, la atribución a los Convenios Colectivos de una eficacia jurídica en virtud de la cual el contenido normativo de aquéllos se impone a las relaciones individuales de trabajo incluidas en sus ámbitos de aplicación de manera automática, sin precisar el auxilio de técnicas de contractualización ni necesitar el complemento de voluntades individuales".

respecto<sup>414</sup>: "Las relaciones entre particulares, si bien con ciertas matizaciones no quedan excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad, y la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas, de rango constitucional u ordinario, de las que se derive la necesidad de igualdad de trato". "Todo ello resulta aplicable al Convenio colectivo. Mucho más si se tiene en cuenta que en el ordenamiento español, a diferencia de lo que ocurre en otros países de nuestro entorno, dicho Convenio, al menos en la más importante de sus manifestaciones, alcanza una relevancia cuasi-pública, no sólo porque se negocia por entes o sujetos dotados de representación institucional y a los que la ley encarga específicamente esa función, sino también porque una vez negociado adquiere eficacia normativa, se incardina en el sistema de fuentes del Derecho y se impone a las relaciones de trabajo incluidas en su ámbito."<sup>415</sup> La misma sentencia 177/1988 abajo referida continúa:<sup>416</sup> "Ahora bien, el principio reconocido en el art. 14 de la Constitución, reflejado luego, aunque con matices propios, en la propia legislación laboral (arts. 4 y 17 del Estatuto de los

---

<sup>414</sup> STC 177/1988, de 10 de octubre.

<sup>415</sup> STC 28/1992, de 9 de marzo, FJ 2: "el convenio colectivo, en cuanto tiene valor normativo y se inscribe en el sistema de fuentes, ha de someterse a las normas de mayor rango jerárquico y ha de respetar el cuadro de derechos fundamentales acogidos en nuestra Constitución y, en concreto, las exigencias indeclinables del derecho a la igualdad y a la no discriminación".

<sup>416</sup> STC 177/1988, de 10 de octubre, FJ 4. A continuación, el Tribunal añade el siguiente razonamiento: "El principio de autonomía colectiva implica ya una primera limitación, global y genérica, del principio de igualdad, en la medida en que da paso al establecimiento de regulaciones diferenciadas en razón de la empresa, del sector o de cualquier otro ámbito territorial y funcional apropiado y legítimo para la negociación de condiciones de trabajo. El Convenio colectivo es por definición una norma sectorial, por lo que la diferenciación por sectores productivos es prácticamente inseparable de la noción de negociación colectiva (ATC 643/1986, de 23 de julio). Pero, además, el derecho a la negociación colectiva lleva consigo que las partes puedan establecer, dentro del ámbito territorial y funcional correspondiente, y siempre dentro del marco legal y constitucional, las diferencias de regulación o de trato que consideren convenientes o adecuadas en razón de los respectivos intereses, pues sólo así se hará efectiva la capacidad reconocida por la ley a trabajadores y empresarios para regular las condiciones de trabajo y productividad, y sólo de esa forma podrá decirse que el Convenio es "expresión del acuerdo libremente adoptado por ellos en virtud de su autonomía colectiva" (art. 82 del Estatuto de los Trabajadores). No puede decirse, por lo tanto, que la distinción dentro del Convenio colectivo sea *per se* contraria al principio de igualdad. Habrá que examinar si la diferencia es o no razonable y si es o no aceptable para el ordenamiento ..."

Trabajadores), no puede tener aquí el mismo alcance que en otros contextos. Ha de tenerse en cuenta, como en otras ocasiones ha puesto de manifiesto este Tribunal, que en el ámbito de las relaciones privadas, en el que, sin perjuicio de las consideraciones anteriores, el convenio colectivo se incardina, los derechos fundamentales y, entre ellos, el principio de igualdad, han de aplicarse matizadamente, pues han de hacerse compatibles con otros valores o parámetros que tienen su último origen en el principio de la autonomía de la voluntad, y que se manifiestan a través de los derechos y deberes que nacen de la relación contractual creada por las partes o de la correspondiente situación jurídica".

No es fácil establecer consecuencias más concretas con carácter general. Por supuesto, lo anterior nos llevaría a precisar cuáles son las consecuencias de la igualdad aplicables en general a otros actos derivados de la autonomía de la voluntad, a nuestro juicio, y siguiendo a Díaz Revorio parece que, desde luego, le son aplicables las prohibiciones de discriminación contrarias al orden público (en especial las expresamente mencionadas en el artículo 14), que serían límites que debe respetar con carácter general la autonomía de la voluntad. Pero, a diferencia de lo que sucede con otros actos de la autonomía de la voluntad, que en modo alguno están sometidos a los juicios de relevancia ni de razonabilidad, el convenio colectivo, como fuente del Derecho, sí debe superar esos tests derivados del principio de igualdad en la ley, si bien en su aplicación habría que considerar la especial naturaleza del convenio, lo que nos llevaría al nivel de escrutinio menos intenso, y a una consideración especial de diferencias legítimas que, si bien pudieran ser

rechazables en una ley en sentido estricto, pueden admitirse en una norma general que procede sin embargo de la autonomía de la voluntad.”<sup>417</sup>

En todo caso creemos que resulta imprescindible el ejercicio del poder regulador de la autonomía colectiva como cauce de la interiorización en la empresa y en el contrato de trabajo de los derechos fundamentales. La función de la autonomía colectiva como instrumento de racionalización, limitación y control de los poderes empresariales, es idónea a este fin; se trata de aprovechar los contenidos potenciales de la negociación en el marco de tutela y potenciación de los derechos fundamentales de los trabajadores como límite autónomo, por sí mismo relevante de los poderes empresariales, un condicionante de su ejercicio pero también un cauce para promover o simplemente hacer posible en el ámbito empresarial la libertad de conciencia, por lo que concretamente concierne a este trabajo. De esta manera el convenio colectivo recogería la obligación positiva general de acomodo razonable de la libertad de conciencia de los trabajadores, evitando así la discriminación indirecta. Si bien, el acomodo razonable en cada caso concreto, sólo puede tener lugar de una forma plausible en el contrato de trabajo.

“Por la propia naturaleza de su función, el sindicato y la negociación colectiva no pueden tutelar las aspiraciones y necesidades individuales de cada trabajador concreto, sino que han de valorar globalmente las necesidades típicas de los trabajadores en función de una valoración objetiva de sus intereses, en la línea, además, de las estrategias globales del sujeto

---

<sup>417</sup> DÍAZ REVORIO, F. J., *Discriminación en las relaciones entre particulares*, op. cit., p. 73.

colectivo”.<sup>418</sup> La actuación sindical no puede tomar en consideración todos y cada uno de los intereses individuales singulares de los trabajadores concretos, sin embargo, el acomodo razonable aspira a tratamientos menos masificados y más adecuados para los intereses particulares. El *acomodo* busca la protección de la diferencia, de la singularidad, y rechaza la uniformidad necesaria, en favor de una valoración subjetiva y autodeterminada de la propia conveniencia, que puede diferir de la tutelada por el sujeto colectivo; por todo ello el acomodo razonable se concretará en el contrato de trabajo. Nos separamos así, aunque sólo en este punto, de Rosell Granados, puesto que este autor considera que el cauce contractual no es el más adecuado para la configuración de derechos fundamentales: “Piénsese que la realidad nos muestra cómo la más que factible frustración del pacto individual entre el trabajador y el empresario coloca siempre al primero en un dilema: la aceptación del contrato o, en su caso, la continuidad de su relación laboral sin que haya un acomodo de la organización de la empresa pero, *sensu contrario*, la defensa de sus convicciones le priva de su trabajo”.<sup>419</sup> Esto, efectivamente, es así, por eso proponemos la necesidad de que exista una previa obligación legal de acomodo razonable en una futura Ley Orgánica de Libertad de Conciencia.

Por otro lado, y en torno a la función de los sindicatos en el acomodo razonable, es imprescindible poner de relieve que los sindicatos tendrían un papel activo en la obligación legal de acomodo, afectándoles tal obligación puesto que deberían colaborar y facilitar la labor de acomodo por motivos de conciencia. Y así, en este sentido, Navarro Valls apunta: “los convenios

---

<sup>418</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “Negociación colectiva e individualización de las relaciones laborales”, en *Tres décadas de relaciones laborales*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2015, p. 42.

<sup>419</sup> ROSSELL GRANADOS, J., *La no discriminación por motivos religiosos en España*, op. cit., p. 112.

colectivos también se hayan sometidos a las normas que regulan la discriminación indirecta, y los sindicatos están obligados a evitar esos supuestos de discriminación. Por tanto, no es legítimo que traten de impedir el acomodo propuesto por el empresario sin probar que esa proposición tendrá una clara incidencia negativa en el estatus de los demás trabajadores. En otras palabras, los sindicatos comparten con el empresario la responsabilidad del acomodo razonable: aunque es el empleador quien debe iniciar el proceso, el sindicato ha de prestar su cooperación. También, por último, está obligado a colaborar el trabajador que solicita el acomodo de sus creencias: no porque tenga el deber de encontrar una solución por sí mismo, pero sí porque ha de facilitar la ejecución de las propuestas razonables que reciba de su empleador.”<sup>420</sup>

Estas consideraciones en torno al papel de los sindicatos en una obligación legal de acomodo razonable las podemos comprender mejor, en su adecuada dimensión, si analizamos el llamado caso *Renaud* en Canadá. En el caso *Renaud*, un trabajador de religión adventista y por tanto obligado a descansar desde la puesta del sol del viernes al amanecer del domingo, estaba contratado por una comisión escolar de distrito y en un momento determinado había elegido, haciendo valer su antigüedad, un nuevo destino laboral, pasando a trabajar como guarda de seguridad en una escuela. Como las instalaciones de esa escuela estaban alquiladas a un grupo comunitario los viernes, su nuevo trabajo incluía un turno de 3 a 11 horas de la tarde cada viernes, lo cual le generaba una incompatibilidad con sus deberes religiosos.

---

<sup>420</sup> NAVARRO VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Conflictos entre conciencia y ley: las objeciones de conciencia*, op. cit., p. 440.

Solicitó el oportuno acomodo pero rechazando soluciones que implicaran un contrato a tiempo parcial, para no ver disminuido su sueldo. En esas circunstancias, la única solución que el empleador consideraba posible consistía en crear un turno específico para él, de domingo a jueves, pero hacía falta la aprobación de su sindicato, pues tal solución podía ir en contra de un convenio colectivo. El sindicato se opuso radicalmente y amenazó con demandar a la comisión escolar si se incumplían los términos del convenio colectivo. El conflicto terminó con el despido del trabajador por no respetar su horario. Sin embargo, la Corte Suprema falló a favor del Sr. Renaud<sup>421</sup> admitiendo que a la hora de apreciar la existencia o no de *undue hardship*, carga excesiva, puede y debe tomarse en consideración el posible impacto negativo del acomodo de las creencias religiosas de un empleado en el resto de los trabajadores, siempre que ese impacto sea sustancial y no trivial; inconvenientes de orden menor causados por el acomodo, indica la sentencia, “son el precio que ha de pagarse por la libertad religiosa en una sociedad multicultural”. La Corte concluía que, en este caso, tanto el sindicato como el empresario eran culpables de que Renaud no hubiera obtenido el acomodo requerido. Aquél porque no cumplió con su deber de cooperar con el empresario, y éste porque hizo mal al abstenerse de poner en marcha su propuesta de turno de trabajo *ad hoc* ante la amenaza de demanda por parte del sindicato: tenía que haber asumido que tal demanda habría sido rechazada por los tribunales y que los inconvenientes derivados de la litigación formaban parte de su deber de acomodo.

---

<sup>421</sup> *Renaud v. Central Okanagan School District No. 23*, (1992) 2 S.C.R. 970, par. 27.



#### **IV. SUPUESTOS CONFLICTIVOS DURANTE EL DESARROLLO DE LA VIDA LABORAL COMO CONSECUENCIA DEL EJERCICIO EXTERNO DE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA**

Este apartado está dedicado a analizar las situaciones conflictivas que en el ámbito laboral pueden darse cuando hace su aparición el factor religioso o de manera más amplia: la libertad de conciencia. Detectaremos que en muchos casos se trata de supuestos de discriminación indirecta y nos plantearemos hasta dónde puede el trabajador desarrollar el ejercicio de sus creencias religiosas o convicciones, en qué términos puede el empresario condicionar su ejercicio y en qué casos y con qué alcance se puede obtener un acomodo razonable. Para ello abordaremos el conflicto desde la perspectiva de los tres momentos principales que se dan en una relación laboral: el momento de la contratación, el momento del desarrollo o prestación de la actividad laboral y el de su extinción.

##### **IV.1. El momento de la contratación**

El empresario privado gobierna el proceso de acceso al puesto de trabajo y goza de una amplia libertad en su diseño y gestión al amparo de los derechos constitucionales de libertad de empresa y de propiedad y en él las decisiones empresariales están guiadas por criterios económicos o de mera

oportunidad. La dimensión subjetiva de la libertad de empresa<sup>422</sup> conlleva el reconocimiento al empresario de la libertad de decisión para crear empresas que puedan actuar en el mercado, para establecer los objetivos de éstas, para dirigir y planificar su actividad, según los recursos y las condiciones del propio mercado y, en fin, para la organización, configuración y gestión de la propia empresa y del personal (*libertad de contratación*).<sup>423</sup> La libertad empresarial de seleccionar y contratar trabajadores ha de entenderse como reserva de proceder o no a contratar y, caso de contratar, de elegir a la persona que se considere más adecuada.<sup>424</sup> Como afirmarían Montoya Melgar, el poder de organización general del trabajo en la empresa se proyecta sobre una cuantiosa e importantísima serie de materias entre las que se encuentra la política de contratación de recursos humanos.<sup>425</sup>

Partiendo de la clásica diferenciación doctrinal y jurisprudencial entre el primer y segundo inciso del artº 14 CE (tesis dualista, principio de igualdad y prohibición de discriminaciones),<sup>426</sup> en el contexto del proceso de acceso a un puesto de trabajo, el principio de igualdad (derecho a obtener un trato igual) no obliga al empresario privado de forma tal que limite su libertad contractual de decisión. El TC ha venido reiterando que el principio de igualdad ha de ser

---

<sup>422</sup> El TC no mantiene una posición clara sobre la consideración de la libertad de empresa como derecho fundamental o como garantía institucional. Así, en SSTC 46/1983, de 27 de mayo; 225/1993, de 8 de julio; 227/1993, de 9 de julio; la STC 109/2003, de 5 de junio, mantendría que la libertad de empresa es un derecho con sus dimensiones subjetiva y objetiva pero en las SSTC 111/1983, de 2 de diciembre; 87/1985, de 16 de julio, 136/1991, de 20 de junio se afirmaba que la libertad de empresa era una garantía institucional o que predominaba el carácter de garantía institucional (STC 83/1984, de 24 de julio).

<sup>423</sup> STC 147/1986, de 25 de noviembre; SSTC 208/1993, de 28 de junio y 225/1993, de 8 de julio.

<sup>424</sup> GARCÍA FERNÁNDEZ, M., “Libertad empresarial de organización y exigencias del principio de igualdad”, en AAVV, *La reforma del mercado de trabajo*, La Ley, Madrid, 1993, p. 1010.

<sup>425</sup> MONTOYA MELGAR, A., “Nuevas dimensiones jurídicas de la organización del trabajo en la empresa”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 23, 2000, p. 31.

<sup>426</sup> *Vid. Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 395.

matizado en su aplicación a las relaciones entre particulares y esta matización, en la práctica, ha implicado la negación del principio de igualdad entre sujetos privados, al señalarse la imposibilidad de derivar, al menos desde el texto constitucional, una obligación de trato vinculante para los particulares.<sup>427</sup> La afirmación de que la autonomía de la voluntad y la libertad contractual limitan la aplicación del principio de igualdad significa, de hecho, que aquel principio no juega con la misma intensidad que en las relaciones con los poderes públicos, aunque quedarían excluidos supuestos de desigualdad de trato especialmente perversa, por ser expresión de una libertad caprichosa e inexplicable.<sup>428</sup> Así, el respeto de la igualdad ante la ley se impone a los órganos del poder público, pero no a los sujetos privados, cuya autonomía está limitada sólo por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional, como entre otras, las que recoge el art. 14 CE.<sup>429</sup> La libertad de empresa<sup>430</sup> sí puede verse limitada por los derechos fundamentales y, entre ellos, por el principio de no discriminación, que prevalece sobre aquélla ante la

<sup>427</sup> En las expresivas palabras de PALOMEQUE LÓPEZ, el Derecho del Trabajo “no sólo no consigue eliminar la desigualdad originaria entre trabajadores y empresarios, sino que, con los correctivos de detalle que se quieran, constituye con propiedad su expresión normada más consciente”, “El derecho constitucional de igualdad en las relaciones de trabajo”, en AAVV, *II Jornadas Hispano-Luso-Brasileñas de Derecho del Trabajo*, Ed. IELSS, Madrid, 1985, p. 630. RODRÍGUEZ- PIÑERO Y BRAVO FERRER, declararía, por su parte, que el Derecho del Trabajo es a la vez consagración y crítica del principio de igualdad “Principio de igualdad y Derecho del Trabajo”, en AAVV, *El principio de igualdad en la Constitución Española*, vol. II, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1072. Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Principio de igualdad y derecho privado”, en AAVV, *El principio de igualdad en la Constitución Española*, vol. II, op. cit., pp. 1638 y ss. Y ALONSO GARCÍA, E. “El principio de igualdad del art. 14 de la Constitución Española”, *Revista Administración Pública* nº 100-102, 1983, p. 87.

<sup>428</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “Igualdad y no discriminación en el empleo”, en *Revista Derecho y Conocimiento* vol. 1, 2001, p. 474.

<sup>429</sup> STC 108/1989, de 8 de junio.

<sup>430</sup> Vid. ARAGÓN REYES, M., “El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa”, *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, F. Pérez de los Cobos Orihuel (dir.), Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005, pp. 25 y ss. y CIDONCHA MARTÍN, A., *La libertad de empresa*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006.

repercusión social de la discriminación. La libertad de contratación y la prohibición de discriminación<sup>431</sup> constituyen bases institucionales del empleo.

Destaca Valdés Dal-Ré que la violación del principio de no discriminación suele hacer su aparición normalmente en el momento de la contratación del trabajador, por la concurrencia de una serie de circunstancias: “De un lado, la declaración expresa y voluntaria por parte del trabajador de su religión, con vistas, bien a la aplicación de las condiciones de trabajo establecidas, *religionis causa* en el convenio colectivo (...). De otro, la exteriorización implícita del trabajador de su convicción religiosa mediante la exhibición de algunos signos de identidad religiosa”.<sup>432</sup>

El problema se plantea si el empresario no quiere contratar a un determinado trabajador debido a sus creencias religiosas o convicciones. “Es verdad que en estos casos no podemos obligar al empleador a contratar a un determinado trabajador, pero no es menos cierto que éste podrá hacer uso de todos los medios de protección que le dispensa la lucha antidiscriminatoria. Y es que el derecho del trabajador a que el empresario respete la creencia religiosa o no, de su elección, ha de ser absoluto. No se deben admitir restricciones o modulaciones de este derecho y por supuesto el empresario no

---

<sup>431</sup> Declararía la STC 62/2008, de 26 de mayo -en línea con pronunciamientos precedentes- que lo que caracteriza a la prohibición de discriminación “*es la naturaleza especialmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes*”.

<sup>432</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F., “Libertad religiosa y contrato de trabajo”, en *Las transformaciones del Derecho del trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en Homenaje al Profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, M. E. Casas Baamonde, F. Durán López y J. Cruz Villalón (coords.), La Ley, Madrid, 2006, p. 596.

puede oponer al mismo ningún otro derecho, incluido el de su libertad religiosa”.<sup>433</sup>

El buscador o candidato a un empleo es titular de derechos en el mercado de trabajo<sup>434</sup> (derecho constitucional al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio, a la igualdad y no discriminación en el acceso al empleo, a la asistencia en la búsqueda de empleo, a la intimidad y dignidad, a la protección de sus datos personales, a la impugnación ante la jurisdicción social por abusos cometidos en el proceso de selección, a que estén representados los intereses de la fuerza de trabajo en los sistemas de selección de las empresas) que precisan protección y de un sistema de garantías efectivas de su posición jurídica pues a veces la tutela dispensada se revela ineficaz e imperfecta.

Estos derechos perfilan el *Estatuto Jurídico del demandante de empleo*<sup>435</sup> en el que el derecho al trabajo y a la autodeterminación de la dimensión profesional de la persona ha de ser incluido como punto de partida de la protección que a aquél se le dispensa. El derecho al trabajo (art. 35 CE) aun cuando no sea un derecho pleno e incondicionado de adquisición de un puesto de trabajo, no puede ser relegado a un alcance meramente programático carente de efectos jurídicos. Algunos autores califican el derecho al trabajo como un derecho de libertad en sentido negativo que reconoce a su

---

<sup>433</sup> ROSSELL GRANADOS, J., *La no discriminación por motivos religiosos en España*, op. cit., p. 105.

<sup>434</sup> Vid. SASTRE IBARRECHE, R., *El derecho al trabajo*, Trotta, Madrid, 1996.

<sup>435</sup> PÉREZ DOMÍNGUEZ, E., “Colocación y servicios de empleo en el Estado Social Autonomico”, en *Colocación y Servicios de Empleo*, E J. Calvo Gallego y M. Rodríguez-Piñero (dirs.), Consejo Económico y Social, Madrid, 2011, pp. 65 y ss.

titular un derecho de acceso al trabajo sin obstáculos injustificados o irrazonables impuestos por agentes públicos o privados.<sup>436</sup>

Desde esta óptica, derecho al trabajo y derecho a la no discriminación aparecen íntimamente conectados en el referido *estatuto jurídico del buscador o candidato a un empleo*, debiendo constatar, además, que el momento precontractual es uno de los de más difícil aplicación efectiva de la prohibición discriminatoria<sup>437</sup> en un contexto, además, en el que se identifican nuevos factores y motivos de discriminación.

#### **IV.1.1. Declaración sobre las propias creencias o convicciones y el derecho a la intimidad**

Si bien, conforme al artículo 16.2. de la CE, el trabajador no estaría obligado a declarar sobre su religión o creencias, puede ocurrir que el empresario quiera conocer aspectos que pueden afectar al normal desarrollo de la relación laboral y que de manera indirecta impliquen declaración de las creencias religiosas.<sup>438</sup>

---

<sup>436</sup> Vid. DE LA CASA QUESADA, S., *La protección por desempleo en España*, Comares, Granada, 2008, pp. 21-25. MOLINA NAVARRETE, C., “La metamorfosis de la cuestión social: ¿Del Welfare State al Workfare State? Dos concepciones de la idea de contrapartida de las prestaciones sociales”, en AAVV, *Pensiones sociales. Problemas y alternativas*. Parte 1, MTAS, Madrid, 1999, pp. 55 y ss. MONEREO PÉREZ, J. L., *Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 27 y ss. QUESADA SEGURA, R., *Los principios constitucionales y el modelo de protección por desempleo*, CARL, Sevilla, 2004.

<sup>437</sup> MONTOYA MELGAR, A., “El derecho a la no discriminación en el Estatuto de los Trabajadores”, en *Documentación Laboal*, nº 7, 1983, p. 2. OJEDA AVILÉS, A., “El proceso de colocación revisitado”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 14, 1983, p. 65. VALDÉS DAL-RE, F., “Servicios públicos de empleo y contratación laboral”, en *El Estatuto de los Trabajadores*, E. Borrajo Dacruz (dir.), Edersa, Madrid, 1983, pp. 242 y ss.

<sup>438</sup> El Tribunal Supremo ha señalado que el derecho a no declarar del artículo 16. 2. de nuestra Constitución únicamente se lesiona si la declaración es obligatoria. STS, 25 de enero de 2005. Se trataba de un recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Junta de Extremadura frente al RD 832/2003,

Un particular aspecto de la dimensión negativa de la libertad religiosa es el derecho a no declarar las propias creencias. Este derecho suele reconocerse como implícito en el Convenio europeo. Por esta razón no debe incluirse mención de la religión en pasaportes, documentos de identidad u otros documentos administrativos semejantes, como sostuvo el TEDH en el caso *Sinan Isik*: “la libertad de manifestar su religión o su convicción comporta igualmente un aspecto negativo, a saber, el derecho para el individuo de no ser obligado a manifestar su religión o su convicción y de no ser obligado a actuar de manera que se pueda obtener como conclusión que él tiene o no tiene tales convicciones.”<sup>439</sup>

Ese derecho de no injerencia, de aislarse, de ser desconocido, de que los demás no sepan ni indaguen lo que somos o lo que hacemos, o incluso, lo que pensamos y creemos, lo que se conecta con la libertad ideológica, religiosa y de conciencia, asegura un ámbito reservado de la vida personal y familiar inaccesible a los demás. El Tribunal Constitucional ha destacado que el elemento teleológico del derecho a la intimidad del art. 18.1 CE, es “la

---

de 27 de junio, que, al regular la ordenación de las enseñanzas comunes del bachillerato, disponía la elección entre una opción confesional o no confesional de la asignatura “Sociedad, cultura y religión”. Una de las razones alegadas en el desestimado recurso era que se imponía a los alumnos o a sus padres la obligación de declarar sobre su ideología, religión o creencias. A este respecto el Tribunal Supremo señaló que el Real Decreto recurrido “se preocupa de consignar que la manifestación por la que se opta se hará voluntariamente y, si falta esa manifestación, se recibirán por el alumno las enseñanzas alternativas. Con ello se consigue eliminar el carácter imperativo de la elección, que es lo que proscribía el artículo 16. 2. de la Constitución (...). Hay que insistir en que salvándose esa voluntariedad el derecho del artículo 16. 2. no puede entenderse comprometido”. FJ 4. Un comentario a esta sentencia puede verse en PALOMINO LOZANO, R., “El área de conocimiento *Sociedad, cultura y religión*: algunos aspectos relacionados con la libertad religiosa y de creencias. Comentarios al hilo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2005”, en *RGDCDEE*, nº 10, Iustel.com, 2006.

<sup>439</sup> STEDH, *Sinan Isik contra Turquía*, de 2 de julio de 2010, par. 41.

protección de la libertad y de las posibilidades de autorrealización del individuo”<sup>440</sup>, y ha considerado que se trata “del poder de resguardar un ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida”, garantizando el “derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los límites de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea el contenido de ese espacio”.<sup>441</sup>

Si bien, todo ello, como detecta Rodríguez-Piñero, (la inviolabilidad de la persona y la facultad de exclusión de injerencias de otros, propia del derecho a la intimidad), queda afectado por la contratación y ejecución del trabajo, “pues el trabajador dispone o se desprende de aspectos privados de su vida personal, en la medida que los abre a conocimiento de terceros en el marco de la organización productiva y en la ejecución de su trabajo, lo que implica una interpenetración y mutuo condicionamiento entre el derecho fundamental y la lógica contractual. Se ha de establecer un ponderado equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato y el interés de la empresa, con los derechos de dignidad e intimidad del trabajador, mediante un doble proceso de adaptación, del ejercicio de estos derechos respetando las exigencias legítimas derivadas del contrato y de las obligaciones y derechos contractuales que han de respetar el derecho fundamental, que se configura como esfera intangible y verdadero orden público constitucional”.<sup>442</sup>

---

<sup>440</sup> STC 202/1999, de 8 de noviembre.

<sup>441</sup> STC 134/1999, de 15 de julio.

<sup>442</sup> RODRIGUEZ-PIÑERO, M., “Intimidad del trabajador y contrato de trabajo”, en *Tres décadas de relaciones laborales*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2015, p. 270.



En la fase de acceso a un puesto de trabajo, la selección no sólo versa sobre la idoneidad del candidato, sino sobre su superioridad en términos de productividad sobre otros, lo que aumenta el nivel de información exigible.<sup>443</sup> Los datos personales que se quieren conocer deben responder a una finalidad legítima que es la valoración de la capacidad profesional del candidato (pertinentes), ser útiles para la comprobación de esa capacidad (adecuados) y no implicar abusos o intromisiones en la esfera privada del candidato (no excesivos, proporcionales).<sup>444</sup> Todos los datos que proporcionen información adicional exceden de lo razonable y se convierten en excesivos e, incluso, ilegales.<sup>445</sup> En esta línea, establece el art. 6.b) Convenio n° 181 OIT que el tratamiento de datos personales por las agencias de empleo privadas habrá de limitarse a las cuestiones relativas a las calificaciones y experiencia profesional de los trabajadores en cuestión y a cualquier otra información directamente pertinente. Son ilegítimas todas las averiguaciones sobre el comportamiento del trabajador, así como las intrusiones en su esfera personal y familiar carente de relación inmediata o directa con el trabajo.<sup>446</sup> En definitiva, serían admisibles preguntas en el proceso de selección relacionadas con el puesto de trabajo y la actividad de la empresa (art. 22 bis LE)<sup>447</sup> y sería ilícita la recogida de datos

<sup>443</sup> DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUÍZ, A. B., “Protección de datos y contrato de trabajo”, en *Justicia Laboral: revista de derecho del Trabajo y Seguridad Social*, n° 46, 2011, p. 24.

<sup>444</sup> Art. 4. 1. LOPD: Los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido.

<sup>445</sup> CARDONA RUBERT, M. B., “Las agencias de colocación en la Ley 35/2010”, en *La reforma del mercado de trabajo*, I. García-Perrote Escartín y J. R. Mercader Uguina (dirs.), Lex Nova, Valladolid, 2010.

<sup>446</sup> GOÑI SEIN, J. L., *El respeto a la esfera privada del trabajador. Un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*, Civitas, Madrid, 1988, p. 49.

<sup>447</sup> La Recomendación del Consejo de Europa R (89) 2 del Comité de Ministros a los Estados miembros, sobre la protección de los datos de carácter personal utilizados con fines de empleo establece que en el proceso de selección los datos recogidos han de limitarse a los que sean necesarios para evaluar la aptitud de los eventuales candidatos y sus perspectivas de promoción.

dirigida a adquirir conocimiento de circunstancias personales o pautas de comportamiento sin relevancia alguna en el ámbito laboral que permitieran valorar o prever (aventurar, más bien) la influencia de circunstancias personales en el rendimiento del trabajador. Por eso es muy importante que el perfil esté lo más delimitado posible pues en el proceso de selección estarían legitimadas diferenciaciones y justificadas preguntas que se relacionaran con la empresa y el puesto, no otras. De esta forma, se podrían analizar después, con más objetividad, posibles prácticas discriminatorias.<sup>448</sup>

Pero parece lógico que, *sensu contrario*, si el empresario no puede obligar al trabajador a declarar aspectos pertenecientes a la esfera privada de su libertad de conciencia; el trabajador, voluntariamente, sí deberá hacer públicas sus creencias o convicciones cuando solicite un acomodo razonable de las mismas al empresario y este acomodo afecte a la esfera de libertad empresarial. En este sentido el TEDH, en *Kosteski*,<sup>449</sup> entendió que era legítimo pedir una manifestación de la pertenencia a un grupo religioso al empleado que pretendía una autorización para ausentarse del trabajo a fin de participar en determinadas festividades. En el contexto de una relación de empleo con un contrato que establece obligaciones y derechos específicos entre empleador y empleado, la Corte no encuentra irrazonable que un empleador pueda considerar una ausencia sin permiso o aparente justificación como una cuestión disciplinaria. “Cuando el empleado busca apoyarse en una particular excepción, no es opresivo ni está en conflicto fundamental con la libertad de conciencia requerir algún nivel de sustanciación, si el pedido se refiere a un

---

<sup>448</sup> ALAMEDA CASTILLO, M. T., *Estadios previos al contrato de trabajo y discriminación*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, p. 283.

<sup>449</sup> STEDH, *Kosteski contra Antigua República Yugoslava de Macedonia*, de 13 de abril de 2006, par. 39.

privilegio o derecho no comúnmente disponible y, si tal sustanciación no se produce, llegar a una conclusión negativa (véase, *mutatis mutandis*, los casos de objeción de conciencia en los que las autoridades pueden legítimamente requerir una clara evidencia de la existencia de una genuina objeción religiosa para justificar una excepción del servicio civil.”

### **A) Creencias religiosas y convicciones: datos sensibles**

En los supuestos de acomodo razonable de las creencias o convicciones de un trabajador hay que tener presente que se trata de *datos sensibles o especialmente protegidos*, por lo que será siempre necesario conforme al art. 7 LOPD, el consentimiento expreso y por escrito del interesado.<sup>450</sup>

La LOPD, sin embargo, no da una definición general de los llamados *datos sensibles o especialmente protegidos*. Estos datos sensibles, para Sanz Calvo, incluirían todos aquellos datos “que por la información que expresan, por afectar a los aspectos más íntimos de la personalidad, deben ser objeto de una especial protección. Son datos delicados que contienen una información personal cualificada, ligada a la dignidad y libertad de la persona a que

---

<sup>450</sup> 1. De acuerdo con lo establecido en el apartado 2. del artículo 16. de la Constitución, nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. Cuando en relación con estos datos se proceda a recabar el consentimiento a que se refiere el apartado siguiente, se advertirá al interesado acerca de su derecho a no prestarlo. 2. Sólo con el consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias. Se exceptúan los ficheros mantenidos por los partidos políticos, sindicatos, iglesias, confesiones o comunidades religiosas y asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, en cuanto a los datos relativos a sus asociados o miembros, sin perjuicio de que la cesión de dichos datos precisará siempre el previo consentimiento del afectado.

pertenecen, a su núcleo fundamental, que configuran su personalidad y reciben el más alto nivel de protección establecido”.<sup>451</sup> Herrán Ortiz se refiere a los datos sensibles en el mismo sentido, introduciendo una importante matización “ya que si estos datos tienen una protección reforzada no es sólo por su proximidad con la esfera más interior o privada de la persona, sino fundamentalmente porque constituyen la esencia misma de la persona como individuo y fundamentan su desarrollo personal, de suerte que en ocasiones nada tienen que ver con la intimidad en el sentido de ocultamiento, sino más bien se refieren a otras facetas de la persona, como la dignidad y personalidad individual que adquieren especial relevancia en su relación con los demás, y que, por tanto, no son necesariamente íntimas o reservadas, aunque sí privadas”<sup>452</sup>. El contenido de esta categoría de datos personales ha sido discutido doctrinalmente y al respecto pueden apreciarse dos posturas: por un lado, aquella que sostiene que un dato es sensible *per se*, por su propia naturaleza; la singularidad de la información que contiene y las consecuencias de su posible uso incontrolado, hacen que sea objeto de una protección reforzada; por otro lado, se encuentra la postura que mantiene que no hay que hacer distinguos entre los datos de carácter personal por su naturaleza, sino que todos los datos pueden necesitar de esa protección reforzada según el contexto en que se utilicen.<sup>453</sup> La LOPD ha seguido la línea del Convenio 108 del Consejo de Europa<sup>454</sup> y ha adoptado una lista de datos especialmente

---

<sup>451</sup> SANZ CALVO, L. “Artículo 7. Datos especialmente protegidos”, en *La Ley de Protección de Datos. Análisis y comentario de su jurisprudencia*, C. Lesmes Serrano (coord.), Lex Nova, 2008, p. 215.

<sup>452</sup> HERRÁN ORTIZ, A. I., *La violación de la intimidad en la protección de datos personales*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 101.

<sup>453</sup> *Vid.* HEREDERO HIGUERAS, M., *La Ley Orgánica 5/1992 de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal. Comentarios y textos*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 71.

<sup>454</sup> El Convenio nº 108 del Consejo de Europa de 28 de enero de 1981 para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos elabora una lista de datos sensibles en su art. 6 y en ella incluye todos aquellos datos que revelen el origen racial, las opiniones políticas, las convicciones

protegidos en consideración a su naturaleza. Si bien, al mismo tiempo, como hace el citado Convenio, nuestra Audiencia Nacional<sup>455</sup> ha sostenido que “...existen determinados datos sensibles *per se* que deben ser objeto de una especial protección. Esta conceptualización no puede ser entendida sin embargo *ab imis*, ya que en ocasiones se tendrá que acudir al contexto en el que se utilicen tales datos para encuadrarlos en la categoría de datos especialmente protegidos o no”.

En cualquier caso no cabe duda de que los datos relativos a creencias religiosas o convicciones son *datos sensibles per se* y todavía más al exponerse en un contexto laboral, por ser potencialmente objeto de discriminación directa en el acceso al empleo, máxime si no existe una obligación de acomodo razonable. Son pues, datos sensibles que exigen consentimiento expreso y por escrito para legitimar el tratamiento de datos. Dado esto, sin embargo, nos parece obligado poner de relieve la *fragilidad* de este consentimiento del trabajador o, más aún, del aspirante o candidato a un puesto de trabajo. Es preciso relativizar el valor tanto del consentimiento como de la ausencia voluntaria de manifestación de creencias o convicciones y ello por la posición de subordinación del titular de los datos, que se encuentra en una situación de temor especialmente vulnerable. Por ello, en un contexto de

---

religiosas u otras convicciones, los datos relativos a la salud, a la vida sexual y los referentes a las condenas penales. Si bien el párrafo 48 de la memoria explicativa, al sostener que “la lista que contiene este artículo no deberá ser considerada exhaustiva. Un Estado contratante puede, a tenor de lo dispuesto en el art. 11, prohibir o limitar en su legislación interna el tratamiento de otros datos. El grado de sensibilidad de los datos dependerá del contexto jurídico y sociológico del país respectivo. Así, por ejemplo, las informaciones referentes a la pertenencia a un sindicato se considera en algunos países que llevan consigo riesgos para la intimidad personal, en tanto que en otros países solo se consideran sensibles en la medida en que se hallan estrechamente unidas a las opiniones políticas”. Se aprecia así que el Convenio 108 lo que hace es establecer, respecto a los datos sensibles, un “núcleo irreductible de protección válido para todos los Estados miembros”, pero permitiendo que cada Estado miembro module la concepción de tales datos de acuerdo con su realidad fáctica.

<sup>455</sup> SAN de 10 de mayo de 2002.

empleo el consentimiento no es una protección eficaz para el trabajador o demandante de empleo pues éste se encuentra en una posición en la que es difícil negarse a prestar su consentimiento o bien a retirarlo o modificarlo sin consecuencias. No será aquél “...una manifestación de libertad sino el efecto de una necesidad material: obtener o conservar un empleo”.<sup>456</sup> Por la misma razón, el claro desequilibrio de la situación de las partes, es difícil que el candidato a un puesto de trabajo o, el mismo trabajador, voluntariamente manifieste sus convicciones a fin de obtener un acomodo de las mismas.<sup>457</sup> Todo ello nos conduce, una vez más, a reiterar la necesidad de que exista en la ley una obligación positiva general de acomodo de las convicciones personales con el objeto de que la libertad de conciencia pueda obtener una verdadera garantía y plena efectividad.

### **B) La buena fe del trabajador o del solicitante de trabajo**

La honestidad y buena fe del trabajador se erigen en pieza clave para que sea exigible al empleador una obligación de acomodo razonable en la organización de su empresa.

---

<sup>456</sup> Informe A5-0391/2001 del Parlamento Europeo, sobre repercusiones éticas, jurídicas, económicas y sociales de la genética humana, de 8 de noviembre de 2001.

<sup>457</sup> “El consentimiento no constituirá una base jurídica válida para el tratamiento cuando exista un desequilibrio claro entre la posición del interesado y el responsable del tratamiento.” Art. 7. 4. *Propuesta de Reglamento general de Protección de datos* del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de enero de 2012.

Las conversaciones y tratos previos, que aún no vinculan a las partes,<sup>458</sup> conforman una negociación en la que habrá de observarse el deber genérico de buena fe<sup>459</sup> y lealtad, fruto de la aplicación de las reglas del Derecho común de los contratos.<sup>460</sup> La concreción del principio de buena fe en el proceso de conformación de la voluntad contractual (fase precontractual en sentido amplio) implica, por lo que aquí nos concierne, secreto y discreción debida, información y aclaración para que la esfera de intereses de la otra parte no resulte perjudicada por la omisión de informaciones o diligencia durante los procesos de selección de personal. Actuar de buena fe significa hacerlo de forma honesta y conforme a las reglas de honradez que rigen el tráfico jurídico.<sup>461</sup>

La buena fe se acentúa cuando se han producido los primeros acuerdos sobre puntos concretos y, entonces, nace una obligación de esfuerzo persistente y sincero en acercar posiciones y convenir definitivamente, ya que se ha creado un clima de confianza entre las partes.<sup>462</sup> Lógicamente, la regla de que nadie puede ir en contra de sus propios actos y el principio de

<sup>458</sup> ALAMEDA CASTILLO, M. T., *Estadios previos al contrato de trabajo y discriminación*, op. cit., p. 46: “Aun cuando no existan todavía vínculos jurídicos entre las partes, si el contrato llegara a celebrarse, aquéllos podrían ser utilizados como criterios interpretativos del contrato que después se firme (elemento coadyuvante para la interpretación de la intención de las partes, a tenor del art. 1282 CC). Este valor interpretativo de los tratos preliminares evidencia el carácter de *iter*, de proceso que, en muchas ocasiones, tiene el acceso a un puesto de trabajo y el carácter progresivo de la formación del consentimiento contractual.”

<sup>459</sup> LIMÓN LUQUE, M. A. y ESPÍN SÁEZ, M., “La extinción del contrato de trabajo previa al inicio de la prestación efectiva de trabajo ¿constituye un despido?”, en *Aranzadi Social*, nº 12, 2003. BETTI, E., *Teoría general de las obligaciones*, Tomo I, Edersa, Madrid, 1969, p. 92: “aunque no exista todavía una relación de obligación, el sólo hecho de ponerse socialmente en contacto, hace que surja para ambas partes el deber recíproco de lealtad y de probidad prenegocial.”

<sup>460</sup> Vid. VALDÉS DAL-RÉ, F., “Tratos preliminares y condiciones del contrato de trabajo”, en *Revista de Política Social*, nº 111, 1976. p. 112. También, SÁNCHEZ RODAS, C., que concibe la buena fe como principio rector en los estadios previos al contrato de trabajo *El precontrato de trabajo. Régimen jurídico*, Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 40 y 50.

<sup>461</sup> GARCÍA VIÑA, J., *La buena fe en el contrato de trabajo. Especial referencia a la figura del trabajador*, CES, Madrid, 2001, pp. 228 y 229.

<sup>462</sup> CONDE MARÍN, E., *La buena fe en el contrato de trabajo. Un estudio de la buena fe como elemento de integración del contrato de trabajo*, La Ley, Madrid, 2007, pp. 156 y ss.

confianza<sup>463</sup> son exigencias ligadas a la buena fe que protegen la exigencia de un deber de comportamiento que consiste en la necesidad de observar de cara al futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever.<sup>464</sup>

La exigencia de la buena fe del trabajador en el momento de la contratación, siempre que en ese momento ya existiese la intención de solicitar el acomodo razonable, se desprende claramente de la siguiente sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid que pasamos a examinar. En esta sentencia no se reconocía la pretensión de una trabajadora musulmana, que una vez firmado el contrato de trabajo, pretendió modificar las condiciones del mismo. La actora, habiendo sido contratada el día 24 de junio de 1996, dirigió una carta a la empresa el 18 de julio del 1996 en la que pedía: “se le permita a la demandante utilizar un uniforme que no atente contra sus creencias religiosas que impiden el uso de falda corta; se le adecue el horario de trabajo de tal forma que los viernes, entre las 13:30 h y las 16:30 h no se vea obligada a trabajar, por ser día de rezo colectivo y solemne para los musulmanes, así como la finalización del trabajo una hora antes de la puesta de sol durante el mes de Ramadán; no se le traslade a ningún establecimiento en el que haya de manipular o vender productos derivados del cerdo y del alcohol”. El Tribunal reconoció que sería conveniente que “los Tribunales laborales extremen su celo en lograr que las empresas adapten sus horarios de trabajo de modo que permitan a los trabajadores el normal y cómodo cumplimiento de sus deberes religiosos, así como no imponerles conductas o funciones incompatibles con sus íntimas y respetables creencias; pero estas

---

<sup>463</sup> SSTs de 21 de diciembre de 2006, de 4 de mayo de 2007 y de 22 de abril de 2008.

<sup>464</sup> STS de 12 de junio de 2007.



directrices exigen a la parte trabajadora una conducta especial de lealtad y buena fe, consistente en que -lo que no hizo la actora- al solicitar el puesto de trabajo indique previamente su confesión religiosa y el horario especial que ello implica, a fin de que esa futura empleadora estudie si puede encajar tal situación en su infraestructura específica”<sup>465</sup>.

Cañamares Arribas se separa de la fundamentación del TSJ de Madrid cuando concluye: “podemos afirmar que la resolución de este conflicto debió fundamentarse no en la buena fe contractual sino en la obligación del empresario de acomodar las creencias de la trabajadora hasta el límite de una penalidad excesiva o injusta”<sup>466</sup>, puesto que, como explica el autor, todo converge en un mismo punto: la obligación de acomodo por parte del empresario; y así, añade: “Si habiendo manifestado sus creencias no hubiera sido contratada por tal motivo, nos podríamos encontrar ante un supuesto de discriminación religiosa en el caso de que sus creencias no fueran a presentar ninguna incidencia gravosa en el desarrollo de la empresa. De la misma manera, si habiendo sido contratada sin conocimiento, por parte del empresario, de su afiliación religiosa, reclama el acomodo de sus creencias, resulta indispensable valorar si tal pretensión haría incurrir a la empresa en un gravamen indebido. En caso de que tal acomodo no fuera posible, el despido sería procedente. Al contrario, si resultara posible y no se hubiera procedido a

---

<sup>465</sup> Sentencia núm. 1126 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 27 de octubre de 1997, FJ 2.

<sup>466</sup> CAÑAMARES ARRIBAS, S., “Tratamiento de la simbología religiosa en el Derecho Español”, en *La libertad religiosa y su regulación legal. La ley orgánica de libertad religiosa*, R. Navarro Valls, J. Mantecón Sancho y J. Martínez Torrón (coords.), Iustel, Madrid, 2009, p. 533.

su acomodo, estaríamos ante una vulneración de los derechos fundamentales del trabajador, materializado en su despido improcedente”<sup>467</sup>.

Desde nuestro punto de vista, entendemos que pese a que el resultado pragmático que sirve de base a la fundamentación de Cañamares Arribas descansa sobre las posibilidades razonables del empleador de acceder al acomodo, la buena fe del trabajador sobre la que pivota el razonamiento del TSJ de Madrid no carece de importancia desde la perspectiva del empleador, que, en caso de no conocer *a priori* las condiciones de trabajo que le demandará el trabajador por causa de sus creencias religiosas, no tiene la oportunidad de conciliar los derechos del trabajador con la atención al que es su objetivo principal: organizar el trabajo de su empresa de forma eficiente y productiva, aparte de los perjuicios que le ocasiona un proceso de despido, por muy procedente que sea en el caso de que el acomodo no sea posible.

#### **IV.1.2. Justificación de la diferencia de trato no discriminatoria**

El empresario en sus decisiones de contratación queda vinculado por el derecho a la no discriminación de los candidatos. Podríamos decir que el empresario en materia de contratación no queda vinculado por el principio de igualdad pero su conducta vulneraría el art. 14 CE cuando se aprecie alguna de las causas de discriminación allí recogidas.<sup>468</sup> El derecho de no discriminación en el acceso al empleo exige las mismas posibilidades de acceder a un puesto

---

<sup>467</sup> *Ibidem*.

<sup>468</sup> ALAMEDA CASTILLO, M. T., *Estadios previos al contrato de trabajo y discriminación*, op. cit., p. 97.

de trabajo a todos los candidatos en idénticas condiciones de aptitud, e impone, como afirma Fernández López,<sup>469</sup> una carga de justificación del uso de la libertad de contratación que determinará que la decisión de contratación sea considerada una diferencia de trato admisible, no un supuesto discriminatorio.

Cuando esté en juego alguna causa de discriminación que pueda probarse al menos con indicios<sup>470</sup> la prohibición de discriminación se proyectará en el momento en que opera directamente la libertad contractual del empresario, extendiendo sus efectos de forma que limitará los poderes de contratación e impondrá a aquélla la necesidad de poseer una justificación objetiva y técnica de las razones por las que selecciona a un trabajador y no a otro. Su decisión habría de ser no discriminatoria por razonable y justificada (exigencias del puesto y de la actividad a realizar),<sup>471</sup> lo que implica, en definitiva, aplicar a la no discriminación, el esquema propio de la igualdad.

La discriminación entendida como trato peyorativo que sufre un sujeto en base a una circunstancia personal o social<sup>472</sup> que se concreta en un perjuicio

---

<sup>469</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., “Igualdad en el empleo y la ocupación”, en *Temas laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 91, 2007, p. 144.

<sup>470</sup> Si se enjuicia un supuesto de discriminación será clave la invocación de alguna categoría (STC 186/2000, de 10 de julio). Como afirmaría la STS, 3.10.2000 la discriminación prohibida por los arts. 14 CE y 4. 2. c) y 17 ET consiste en utilizar un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento, porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o segregación de determinados grupos de personas.

<sup>471</sup> En línea con la afirmación de PALOMEQUE LÓPEZ de que la igualdad sólo es violada, si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación de razonable proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C, *Despidos discriminatorios y libertad sindical*, Civitas, Madrid, 1983, p. 26.

<sup>472</sup> Las circunstancias tipificadas se identifican con ciertas formas de discriminación especialmente odiosas y arraigadas pero ello no significa que no puedan darse otras desigualdades basadas en un perjuicio contra un grupo o colectividad de individuos con la consiguiente lesión de su dignidad. En cualquier caso, como expresa la STS, 29 de enero de 2001, la referencia del inciso final del art. 14 CE no puede interpretarse en el sentido de que dé cabida a cualquier condición o circunstancia pues en este caso

en un derecho o expectativa puede ser excepcionada en ciertos supuestos en el acceso al empleo cuando exista una causa objetiva que lo justifique<sup>473</sup> y esta causa serán los requerimientos del puesto y de la actividad a desarrollar. Tales requerimientos se concretan, a nivel normativo, en las justificaciones a las discriminaciones indirectas y en los requisitos profesionales esenciales y determinantes (*bona fides occupational qualification*, BFOQ, cualificación profesional de buena fe) que es en la normativa y práctica judicial norteamericana, la excepción que corresponde al empresario frente a una diferencia de trato explícita.<sup>474</sup> Implica, en definitiva, la admisión de que una característica relacionada con el sexo, la edad, o el origen racial o étnico, religión, convicciones, discapacidad puede fundamentar una diferencia de trato en el empleo cuando dicha característica sea un requisito profesional exigible de buena fe, esencial, determinante y de exigencia proporcionada.

En relación con las discriminaciones indirectas, tanto las Directivas de igualdad de trato ( Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, art. 2.2; Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un

---

la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta. Lo que caracteriza la prohibición de discriminación, justificando la especial intensidad del mandato y su penetración en el ámbito de las relaciones privadas es que en ella se utiliza un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia, porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista. *Vid.* STS, 17 de mayo de 2000.

<sup>473</sup> En esta línea, el arto 1. 2. Convenio n° 111 OIT relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación establece que las distinciones, exclusiones y preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.

<sup>474</sup> En concreto, el Título VII de la *Civil Rights Act* (1964) establece que no se considerará una práctica ilegal que un patrón contrate trabajadores con base en la religión, sexo, origen nacional cuando estas características sean de buena fe y razonablemente sean necesarias para la operación normal de un determinado negocio o empresa.

marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que prohíbe la discriminación por razones de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, art. 2.2; Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, art. 2.2) como las normas de transposición legitiman las medidas que causan un impacto adverso en un determinado colectivo por razón de su origen racial o étnico, discapacidad, edad, orientación sexual, religión, convicciones o sexo cuando la disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y cuando los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios. Así, la exigencia de determinada altura o titulación que incide desfavorablemente en una minoría étnica o en el colectivo femenino podría estar justificada por la *business necessity* si superara, además, la exigencia constitucional de proporcionalidad.<sup>475</sup> En todo caso, y por lo que concierne a las creencias o convicciones, nos referiremos a esta excepción en el último Capítulo al tratar las empresas de tendencia.

#### **IV. 2. Desarrollo y prestación de la actividad laboral**

Una vez iniciada la relación laboral, el empresario debe mantener una posición de neutralidad frente a las creencias religiosas o convicciones del trabajador. Cualquier acto del empresario tendente a menospreciar o perjudicar

---

<sup>475</sup> SÁEZ LARA, C., *Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1994, p. 147. Resaltará SÁEZ LARA, la importancia de la superación del test de necesidad para la justificación empresarial de la medida que causa un impacto adverso.

las creencias religiosas del trabajador o sus convicciones, o que quiebre el principio de neutralidad que debe mantener frente a su empleado se reputará nulo, tal y como establece el Estatuto de los Trabajadores (ET)<sup>476</sup>.

Pese a que, como ya sabemos, en Estados Unidos, tal y como expone Fernández Márquez, “el trabajador tiene derecho a afirmar su libertad religiosa en el contrato de trabajo hasta el punto en el que ello represente un perjuicio injustificado y excesivo para la empresa y que (...) esta debe hasta el citado límite realizar los ajustes razonables en su organización a fin de facilitar la libertad religiosa de los trabajadores (...) en Europa (...) se ha negado esta posibilidad partiendo de la neutralidad de las empresas, no obligadas por ello a atender las demandas religiosas de los trabajadores”.<sup>477</sup> En términos generales, “los tribunales europeos, y nuestro TC es un ejemplo de ello, han entendido que la libertad religiosa únicamente impone al empresario una obligación de neutralidad frente a las convicciones religiosas, lo que no lleva asociado ni un deber de acomodo de funcionamiento de la organización de la empresa a las condiciones religiosas ni un deber de adaptación de las obligaciones

---

<sup>476</sup> Artículo 17. No discriminación en las relaciones laborales.

1. Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español.

Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación.

<sup>477</sup> FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., “Libertad religiosa y trabajo asalariado: condiciones y criterios de articulación”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 133, Civitas, 2007, p. 109.

contractuales libremente estipuladas (...) en ausencia de cláusulas y estipulaciones expresas”.<sup>478</sup>

No es posible encontrar una obligación general de acomodo por motivos religiosos o de convicciones ni en el derecho positivo ni en las decisiones de los jueces. Ni siquiera en la Directiva 2000/78 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. La Directiva, como pone de relieve Fernández Márquez: “limita las reglas que pueden repercutir sobre los derechos del trabajador por razones religiosas a una función meramente negativa de no discriminación (directa e indirecta), e incluso de igualdad de trato (mediante el establecimiento de acciones positivas<sup>479</sup>, tales como la legitimación para accionar, procedimientos de tutela o inversión de la carga de la prueba), pero nunca hasta el extremo de reconocer al trabajador el derecho a que la afirmación de sus convicciones (...) pueda limitar o modular sus responsabilidades laborales, ni mucho menos la obligación del empresario de acomodar la organización de la empresa realizando ajustes razonables a las creencias religiosas de sus trabajadores”.<sup>480</sup> Distinta es, sin embargo, la postura que adopta la anteriormente citada Directiva para los supuestos de personas con discapacidad, en cuyo artículo 5 se establece que “a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con

---

<sup>478</sup> VALDÉS DAL-RE, F., “Libertad religiosa y contrato de trabajo”, *op. cit.*, p. 602.

<sup>479</sup> Cfr. PALOMINO LOZANO, R., “La discriminación positiva en la UE y los límites de la discriminación positiva: carencias y debilidades de las actuales políticas de discriminación positiva en Europa”, en *Anuario de Derechos Humanos* vol. 9, 2008, pp. 481 y ss.

<sup>480</sup> FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., “Libertad religiosa y trabajo asalariado: condiciones y criterios de articulación”, *op. cit.*, p. 86.

discapacidades, se realizarán ajustes razonables”.<sup>481</sup> Entendemos que hubiera sido adecuado que en esta Directiva, junto al ajuste razonable por motivo de discapacidad, se introdujera también dicho ajuste por motivos de conciencia, y en este sentido, Rossell Granados declara: “creemos que (el acomodo razonable) también debería estar previsto para los supuestos en los que está en conflicto el derecho de libertad religiosa, la primera de las libertades. La ausencia de una obligación por parte del empresario de establecer ese acomodo razonable bien podría ser entendida como un supuesto de discriminación indirecta”<sup>482</sup>.

Sería conveniente, como sustenta nuestra tesis, introducir una obligación general de acomodo razonable en una futura Ley Orgánica de Libertad de Conciencia. En una dirección similar, apunta Cañamares Arribas, la conveniencia de incluir una previsión general de acomodo razonable en el texto de la futura Ley Orgánica de Libertad Religiosa: “Con la incorporación de una previsión de este tipo al texto de la futura Ley Orgánica se estaría estableciendo la obligación de acomodar las creencias religiosas de los ciudadanos en los distintos ámbitos de su proyección social, estableciendo una pauta estricta para la solución de conflictos que evitara eventuales situaciones de discriminación religiosa”.<sup>483</sup> El mismo autor reconoce que no se trata de

---

<sup>481</sup> 5. Ajustes razonables para las personas con discapacidad.

A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades.

<sup>482</sup> ROSSELL GRANADOS, J., *La no discriminación por motivos religiosos en España*, op. cit., p. 114.

<sup>483</sup> CAÑAMARES ARRIBAS, S., “Libertad religiosa e igualdad. Algunos supuestos discutidos”, op. cit., p. 8.



introducir una novedad en nuestro ordenamiento jurídico “sino de recoger de forma expresa una previsión que ya se contempla en la Directiva 2000/78, en cuyo artículo 2 se prohíbe la discriminación indirecta, esto es, aquella situación creada cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción (...) respecto de otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios”.<sup>484</sup> Por lo que respecta al ámbito laboral concretamente, dicha obligación de acomodo razonable, daría efectividad al derecho del trabajador a no ser discriminado que recoge el art. 4.2.c) ET a cuyo tenor literal: “...tiene derecho a no ser discriminado directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleado, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español.”

La interiorización de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo, por la especialidad de las prestaciones que el trabajador compromete en éste, se proyectan sobre el poder empresarial de dirección y control de la actividad laboral. Desde la perspectiva que aquí interesa, la racionalidad económica, como apunta Rodríguez Piñero, no es el único factor de legitimación de las decisiones empresariales cuando éstas afectan a derechos fundamentales del trabajador no solamente como productor, sino como

---

<sup>484</sup> *Ibidem.*

persona. También es necesaria la búsqueda de pautas para medir la adaptabilidad de los poderes empresariales frente a un núcleo de intereses avalados constitucionalmente que es obligado se abran paso en la dinámica del contrato. Importa saber hasta qué punto los derechos fundamentales, *modulados* pero imposibles de ignorar en el ámbito de la empresa, resisten el empuje de aquellos poderes y obligan a valorar razones, a ponderar intereses, a justificar decisiones.<sup>485</sup> Desde esta consideración, la palabra *modulación*, se convierte en llave maestra que abre la puerta a la obligación empresarial de acomodo razonable. La *modulación* precisa un proceso que permitirá reconocer y situar en el interior de la estructura de la relación laboral posiciones subjetivas del trabajador, vinculadas al respeto debido a su dignidad y que crean verdaderos deberes de actuar o soportar a cargo del empresario.

En los siguientes apartados nos dedicaremos al estudio de los supuestos que pueden plantear más conflicto durante el desarrollo de la relación laboral. Se trata, claro está, de supuestos en los que el trabajador pretende ejercer de forma externa su libertad de conciencia.

#### **IV.2.1. Uso de símbolos personales**

Antes de entrar en el análisis de los casos concretos de conflicto en el ámbito de las relaciones laborales por la utilización de vestimenta religiosa u

---

<sup>485</sup> RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo”, *op. cit.*, p. 92.

otros símbolos personales, debemos detenernos en una serie de consideraciones preliminares que sirvan para enmarcar sus propios términos.

Ante todo, es interesante destacar cómo la doctrina constitucional española ha señalado, en diversas ocasiones, que en el ámbito de las relaciones laborales privadas los trabajadores permanecen en el goce y disfrute de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, por cuanto las organizaciones empresariales no forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad, ni la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 de la Constitución legitima que los trabajadores deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional.<sup>486</sup>

El uso de vestiduras o prendas u otros símbolos de carácter religioso, como actos propios del ejercicio de la libertad religiosa, se ha reconocido ampliamente tanto por nuestro TC, como por instituciones internacionales. En este sentido el TC ha manifestado<sup>487</sup> que cabe apreciar una dimensión externa de la libertad religiosa que se traduce en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso. Abundando en esta doctrina se puede afirmar que la citada libertad de declaración de las propias creencias podrá ejercitarse a través tanto del lenguaje oral como del lenguaje universal de los signos, de modo que la utilización de prendas de tipo religioso

---

<sup>486</sup> STC 88/1985, de 19 de julio.

<sup>487</sup> STC 128/2001, de 4 de junio, FJ 2.

puede entenderse garantizada en nuestro ordenamiento jurídico al amparo del derecho fundamental de libertad religiosa.<sup>488</sup> Así también, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa aprobó, el 23 de junio de 2010, una Recomendación<sup>489</sup> en la que se afirma que el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos incluye el derecho de las personas a elegir libremente llevar o no vestimentas de significado religioso en público o en privado. Su apartado 3.13. “Exhorta a los Estados miembros a no establecer una prohibición general del velo completo o de cualquier otra ropa religiosa o especial sino cuando esta prohibición sirva para proteger a las mujeres de toda coacción física o psicológica. Les exhorta, asimismo, a proteger la libre elección de estas mujeres para usar ropa religiosa o especial y garantizar la igualdad de oportunidades para las mujeres musulmanas a participar en la vida pública y llevar a cabo actividades de educación y profesionales. Restricciones legales a esta libertad pueden estar justificadas, cuando sea necesario en una sociedad democrática en particular, por motivos de seguridad o cuando las funciones públicas o profesionales de los individuos requieren su neutralidad religiosa o que su cara pueda verse”. La Asamblea Parlamentaria considera que una prohibición de este tipo supondría el efecto adverso de generar una presión familiar y comunitaria para que así las mujeres musulmanas permanecieran en sus casas y abandonaran su trabajo con el fin de no romper con la tradición familiar.<sup>490</sup> Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de la

---

<sup>488</sup> CAÑAMARES ARRIBAS, S., “Tratamiento de la simbología religiosa en el derecho español: Propuestas ante la reforma de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa”, en *RGDCDEE*, nº19, Iustel.com, 2009, p. 4.

<sup>489</sup> Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Recomendación 1927 sobre Islam, Islamismo e Islamofobia en Europa, de 23 de junio de 2010.

<sup>490</sup> MARTÍN SÁNCHEZ, I., “Uso de símbolos religiosos y margen de apreciación nacional en la jurisprudencia del TEDH”, en *RGDCDEE*, nº 35, Iustel.com, 2014, p. 4. *Vid.* GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., “El pañuelo islámico: la respuesta europea”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado XXVIII*, 2012,

ONU ha señalado, de una forma clara, que “la libertad de manifestar la propia religión incluye el derecho a llevar, vestidos o indumentarias en público que son conformes con la propia fe o religión”<sup>491</sup> y ello con ocasión del dictamen recaído en el caso *Hudoyberganova*.<sup>492</sup>

Desde la perspectiva de una futura Ley Orgánica de Libertad de Conciencia sería suficiente con un reconocimiento general del empleo de simbología como manifestación propia de la libertad de conciencia, explicitando que las limitaciones quedarán restringidas a las exigencias derivadas de la tutela del orden público español, debiendo tener la entidad mínima requerida para la tutela del otro bien jurídico de relevancia constitucional cuya salvaguarda se pretende. Puesto que, como ya sabemos, y tal como expone Martín-Retortillo: “El dato real es que, las manifestaciones de la libertad religiosa no son ilimitadas, sino que hay fases, momentos o situaciones en que (sin ningún desdoro, sin que constituya ninguna trágala) tienen que ceder sin falta”.<sup>493</sup> La solución *ad casum* que plantea el acomodo razonable se presenta como la más apropiada para determinar la proporcionalidad de la limitación de un derecho.<sup>494</sup>

p. 146; MOTILLA DE LA CALLE, A., “La prohibición del burka islámico en Europa y en España: reflexiones de *iure condendo*”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXVIII, 2012, p. 177.

<sup>491</sup> RORIVE, I., “Religions Symbols in the Public Space: in Search of an European Answer”, en *Cardozo Law Review*, 2009, p. 2675.

<sup>492</sup> Dictamen relativo a la comunicación nº 931/2000: Uzbekistán, 18 de enero de 2005, CCPR/C/82/D/931/2000. Dictamen del Comité de Derechos Humanos emitido a tenor del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>493</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “Símbolos religiosos en actos y espacios institucionales”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXVIII, 2012, p. 55.

<sup>494</sup> STC 14/2003, de 30 de enero, en su FJ 9, establece: “para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el principio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos siguientes: si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto). En el mismo sentido,

Si bien es cierta la mayor seguridad jurídica que supone la plasmación en una norma de las posibilidades de emplear símbolos de adscripción religiosa, también lo es los riesgos colaterales que entrañaría. No cabe duda de que las normas positivas contemplan de una manera general los supuestos a los que se aplica, sin que resulten fácilmente permeables a los diferentes perfiles y circunstancias que concurren en una determinada realidad conflictiva. Ello supone que cuando se incorporan limitaciones de carácter general al ejercicio de un derecho fundamental se corre el riesgo de incurrir en limitaciones que van más allá de lo requerido para la tutela del interés jurídico de relevancia constitucional que se quiere proteger a través de esa norma.<sup>495</sup>

El símbolo es una realidad compleja con diferentes significados que dependen, en cada caso concreto, tanto de quien lo exhibe como de las personas ante las cuales es mostrado.<sup>496</sup> En relación con el significado de los símbolos de carácter religioso, se ha considerado que éstos son, como cualquier otro objeto de carácter simbólico, los que son tomados y aceptados como tales por la sociedad en la cual son mostrados. Bien sea por la sociedad en general, cuando se trata de un símbolo de una religión conocida, o por un grupo concreto, por ejemplo, una confesión, en el caso de que el símbolo sea ajeno a la cultura de un determinado contexto social. Según esta opinión, “para el individuo el símbolo tiene sentido en tanto se lo da el consenso colectivo y aquél participa de éste compartiendo y asumiendo ese sentido; por

---

la STC 126/2003, de 30 de junio, el apartado 4 del voto particular de la Magistrado D<sup>a</sup>. María Emilia Casas Baamonte y la STC 198/2003, de 10 de noviembre, FJ 6).

<sup>495</sup> CAÑAMARES ARIBAS, S., “Tratamiento de la simbología religiosa en el derecho español: Propuestas ante la reforma de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa”, *op. cit.*, p. 24.

<sup>496</sup> FERRARI, S., “The place of Religion and Belief in Public Space across the EU: Policy Dilemmas and Recommendations on Religions Symbols and Dress Codes”, en *European Policy Brief*, March, 2013, pp. 3 y 4.

tanto (...) no cabe la determinación individual y subjetiva del símbolo sino que la referencia al colectivo resulta exigida por el propio concepto”.<sup>497</sup> En contra de esta opinión, parece más razonable entender que corresponde a la persona, más que a la sociedad, al Estado o a un tribunal, determinar si algo es para ella un símbolo religioso. En efecto, como señala Evans, resulta difícil ver los fundamentos sobre los cuales el Estado o un tribunal pueden basarse para negar el significado simbólico a algo que ha sido identificado como tal por una persona concreta.<sup>498</sup> Esta última postura es, sin duda, la que avalamos y la ejemplificamos con, una vez más, una sentencia de Estados Unidos, por ser en este país, igual que en Canadá, obligatorio legalmente el intento de acomodo razonable.

Se trataba de una mujer de origen judío etíope, que había sido despedida de su puesto de profesora por vestir ocasionalmente un pañuelo en la cabeza de acuerdo con su tradición cultural y religiosa; algo que hacía, según sus propias palabras, “especialmente en tiempos de crecimiento espiritual”. En este caso no había legislación estatal prohibitiva de signos religiosos en los docentes. Su despido se debió, concretamente, a que había desobedecido una orden clara del director del colegio público donde trabajaba, quien, disgustado por la indumentaria de la demandante, había persuadido al comité de gobierno del centro para que aprobara una norma que vetaba al personal de la escuela vestir con *blue jeans* y cubrir su cabeza. Un factor importante en esta sentencia es que la Sra. Mac Glothin no solicitaba su

---

<sup>497</sup> MELÉNDEZ VALDÉS NAVAS, M. “Reflexiones jurídicas en torno a los símbolos religiosos”, en *RGDCDEE*, n° 24, Iustel.com, 2010, p. 6.

<sup>498</sup> EVANS, M. D., *Manual on Wearing of Religions Symbols in Public Areas*, Council of Europe Manuals, Boston, 2009; MARTÍNEZ TORRÓN, J., “La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo”, en *Derecho y Religión IV*, Delta Publicaciones, 2009, pp. 64 y 65.

readmisión sino simplemente poder percibir las ayudas estatales por desempleo, que le habían sido denegadas. Así, la Corte aceptaba que las autoridades escolares estaban legitimadas para imponer códigos de vestimenta en el centro, siempre, naturalmente, con base en un “interés prevalente del Estado” y cuidando de buscar los medios menos lesivos para las libertades. Pero afirmaba al mismo tiempo que no podía excluirse de los beneficios sociales por desempleo a una persona por negarse a abandonar creencias religiosas sinceramente asumidas. Y, además, interpretaba la noción de creencias y de sinceridad desde una perspectiva individual, declarando que era irrelevante que las prácticas de la Sra. Mac Glothin no fueran típicas de su religión, y que tampoco frecuentara de manera regular sinagoga o templo alguno.<sup>499</sup>

#### **A) Prendas simbólicas que cubren la cabeza**

Comenzaremos exponiendo una resolución judicial del TSJ de Baleares que constituye un buen ejemplo de ponderación de circunstancias, balance razonable y acomodo razonable.

La sentencia estimó la demanda de un conductor de la empresa municipal de transportes que, alegando motivos religiosos, cubría su cabeza con una kipá durante la prestación de servicios, lo que provocó que se le incoase por parte de la empresa un expediente disciplinario que finalizó con una sanción. La empresa, por vía del artículo 191 c) de la Ley de

---

<sup>499</sup> *Mississippi Employment Security Commission v. Deborah V. McGlothin*, 556 So. 2d 324 (Miss. 1990), Supreme Court of Mississippi, de 10 de enero de 1990.



Procedimiento Laboral, denunció una supuesta vulneración del artículo 26 del Convenio Colectivo de empresa. El motivo argumentado en defensa de su tesis fue “que este precepto regula el vestuario de los empleados de la empresa; que dicho vestuario no comprende gorra, por lo que tacha de errónea la apreciación judicial de que el uso de la mencionada prenda está permitido; que la norma debe ser respetada por todos, incluidos por quienes no firmaron los convenios y arguye, respecto de las convicciones religiosas del actor, que la Constitución establece el carácter laico del Estado”.

En el caso que nos ocupa, la norma convencional establecía en su artículo 26 la utilización en el trabajo, por parte de los empleados, de un vestuario concreto que además era propiedad de la empresa. Este precepto, por tanto, generaba en el trabajador la obligación de emplear ese vestuario durante la jornada laboral y al mismo tiempo el correlativo derecho al empresario de exigir que dicha uniformidad -de conformidad a lo dispuesto en el artículo 5 c) del ET- se respetase.

Este poder empresarial de dirección y organización de la actividad que despliega la empresa y que legitima al empresario para imponer a los trabajadores la uniformidad de vestimenta durante la prestación de su trabajo ya había sido admitida expresamente por la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 23 de enero de 2001, por lo que al no incluirse dentro del Convenio la utilización de gorras o prendas similares para la cabeza, el uso de la misma en principio no estaría autorizado. Ahora bien, la STS arriba mencionada también señalaba que, en defecto de pacto colectivo o individual entre los interesados,

la determinación competirá al empresario “salvo, naturalmente, que la decisión patronal atente a la dignidad y honor del trabajador, prevista en los artículos 4, 18 y 20 del ET, o a cualquiera de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas en la Constitución”.

En el supuesto enjuiciado por el TSJ de Baleares, la sentencia señalaba en su fundamento jurídico segundo que aunque la sentencia no lo consigne, de manera sorprendente, entre los que declara probados, es hecho clave alegado en la demanda y corroborado de pleno en juicio que aquél (el conductor) es miembro de la Comunidad Israelita de Mallorca y practicante de la religión judía desde hace unos 23 años, así como que esta creencia considera necesario tener siempre cubierta la cabeza en señal de respeto a la divinidad.

Así pues, no estamos en este supuesto ante un incumplimiento por parte del trabajador de las obligaciones laborales contraídas con la empresa sino que el caso que se planteaba ante el tribunal era el de la ponderación de dos derechos, por un lado, “el derecho de la empresa a dirigir la actividad laboral (artículo 20.1. del ET) y el derecho fundamental a la libertad religiosa de uno de sus empleados (artículo 16.1. CE, desarrollado por la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio)”.<sup>500</sup>

Por último, conviene reparar en que el Tribunal, como advierte Cañamares Arribas “no juzgó relevante para restablecer los derechos laborales del trabajador el tiempo de antigüedad en la empresa, ni el tiempo de utilización

---

<sup>500</sup> Sentencia nº 958 del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, 9 de septiembre de 2002.

de la gorra, sino simplemente atendió a un conflicto entre derechos que fue resuelto aplicando la regla del derecho al acomodo”.<sup>501</sup>

El conflicto suele surgir en la mayoría de los casos cuando el uso de la prenda religiosa entra en contradicción con una “reglamentación interna” de la empresa o centro de trabajo. Pero ¿puede un reglamento interno prohibir o limitar el ejercicio de un derecho fundamental sin que se vea lesionado el orden público? ¿O es que el simple hecho de llevar esa prenda puede suponer una ofensa al orden público? Desde la perspectiva de la obligación legal de acomodo razonable de la libertad de conciencia entendemos que no, salvo que la limitación o restricción esté justificada suficientemente. A continuación analizaremos un supuesto de limitación plenamente justificada y otro de limitación discriminatoria.

En Canadá encontramos un caso decidido por la Corte Suprema en 1985, caso *Bhinder*,<sup>502</sup> que parece apartarse de la jurisprudencia anterior de la Corte, y también posterior, en lo que se refiere a la exigencia de acomodo de las creencias religiosas salvo que pueda demostrarse la existencia de una carga indebida o excesiva para el empleador. El protagonista del caso era un empleado sij, electricista, que rehusaba cumplir con una nueva norma de seguridad impuesta por la compañía ferroviaria canadiense, según la cual todos los trabajadores de un área determinada debían llevar casco de protección. Su negativa a cumplir la nueva regulación provenía de sus convicciones religiosas, que le impedían llevar sobre la cabeza otra cosa que

---

<sup>501</sup> CAÑAMARES ARRIBAS, S., “Tratamiento de la simbología religiosa en el Derecho Español”, *op. cit.*, p. 534.

<sup>502</sup> *Bhinder v. Canadian National Railway*, (1985) 2 S.C.R. 561.

no fuera su turbante. No habiendo puestos vacantes de electricista en lugares que no requiriesen el casco de protección, el trabajador sij tuvo que abandonar su empleo unos días después. Bhinder inició un proceso judicial por discriminación basada en la religión, y obtuvo sentencia favorable en primera instancia, que sería revocada sin embargo en apelación y en la Corte Suprema. Esta última dio la razón a la compañía ferroviaria, entendiendo que, si el empresario puede probar que la desigualdad de trato proviene de la aplicación de una condición para el desempeño del trabajo impuesta de buena fe (*Bona fide occupational requirement*), queda liberado de la necesidad de acomodar las creencias religiosas del trabajador que resulte perjudicado, o en su caso de probar que dicho acomodo le causaría una *undue hardship*. Además, la noción de buena fe en los requisitos de trabajo había de ser interpretada en relación con la generalidad de los trabajadores y no con la situación singular de cada trabajador en particular. En este caso, resultaba claro para la mayoría de la Corte que las razones de seguridad y la aplicación indiscriminada de la nueva regla demostraban su buena fe. La Corte hacía una referencia explícita a la excepción establecida para los sij por la legislación británica, que decreta la obligatoriedad del casco de protección para los conductores de motocicleta, la legislación inglesa de tráfico fue modificada, como resultado de la presión política de la comunidad sij, para permitir una excepción al uso obligatorio del casco de protección en el caso de motociclistas varones de esa religión<sup>503</sup> y concluía que el legislador es libre para crear excepciones análogas a favor de quienes sufren discriminación indirecta por esa causa en el lugar de trabajo, pero que “esta Corte no puede crear judicialmente ese tipo de exenciones”. La

---

<sup>503</sup> Vid. *Motorcycle Crash Helmets (Religious Exemption) Act 1976*, passed by the British Parliament, section 2A.

decisión de la Corte Suprema fue posteriormente confirmada por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.<sup>504</sup>

En el mismo país, Canadá, la misma prenda religiosa, un turbante sij y ante una limitación fundada en los mismos motivos de seguridad laboral; la respuesta judicial que se obtiene es la contraria a la del primer supuesto y ello por entender que la limitación al uso del turbante atenta contra el principio de igualdad y es discriminatoria por motivos religiosos.

Se trata de la sentencia del caso *Loomba v. Home Depot Canada Inc. And Brian Busch*, dictada por el “Human Rights Tribunal” de Ontario en 2010.<sup>505</sup> El demandante, creyente de la religión sij, alegaba la necesidad de llevar un turbante en todo momento. En diciembre de 2005 la empresa Home Depot en la que trabajaba lo destinó como guarda de seguridad a unas instalaciones que continuaban parcialmente en construcción. Mientras que a los demás trabajadores les permitían acceder sin el casco puesto, a Loomba se lo reclamaron en todo momento y no le permitieron acceder a su lugar de trabajo sin él. El sentido de esta insistencia estriba en que, tal como queda probado, obligándole a llevar esa prenda, le impiden ponerse el turbante. A ello se unían las continuas burlas que recibía sobre este modo de cubrir la cabeza. Por todo ello, el Tribunal ha observado una quiebra del principio de igual trato por motivos religiosos y, en consecuencia, una vulneración del derecho fundamental de libertad religiosa. Ni siquiera llega a discutirse si el turbante redundaría en una mayor inseguridad en las condiciones de trabajo, lo que podría

---

<sup>504</sup> *Bhinder v. Canada*, Opinión sobre la Comunicación nº 208/1986, de 9 de noviembre de 1989.

<sup>505</sup> *Loomba v. Home Depot Canada Inc. and Brian Busch*, (2010) HRTO 1434-CanLII. Sentencia dictada por el Human Rights Tribunal de Ontario de 29 de junio de 2010.

justificar la insistencia en que lo sustituyera por el casco, o si era posible sustituir a este trabajador por otro sin mayor perjuicio para la empresa, pues el hecho de llevar turbante en nada dificulta el desarrollo de las funciones de Loomba, ni la imagen de aquélla.

Si bien no es objeto de estudio en este trabajo la función pública y sus trabajadores destacaremos dos casos pertenecientes a la función pública para comprobar el distinto alcance que puede tener la obligación de acomodo razonable desde el enfoque americano y el canadiense.

Caso *Webb*, sentencia de la Corte de apelación federal relativa a la prohibición de uso de velo islámico femenino en el cuerpo de policía de Filadelfia.<sup>506</sup> Una oficial de policía con años de servicio, musulmana, solicitó permiso para llevar velo junto con su uniforme mientras estaba de servicio; el pañuelo no le cubriría ni la cara ni las orejas sino solo el cabello y la parte posterior del cuello.<sup>507</sup> El permiso le fue denegado, en aplicación de las directivas sobre uniforme de la policía, se entendía que entre otras razones, servía para crear una identidad colectiva homogénea que fomentara el espíritu de cuerpo hacia el interior, y la confianza en el cuerpo hacia el exterior. Al insistir la oficial en vestir su velo en todo caso, fue sancionada con una suspensión temporal. La Corte realizó un análisis de la situación a la luz de la

<sup>506</sup> *Webb v. City of Philadelphia*, 562 F.3d 256 (3d Cir. 2009).

<sup>507</sup> “El *hiyab* es el pañuelo que oculta el cabello. El *chador* es típico de Irán y oculta el cabello y el óvalo de la cara, incluso todo el cuerpo. El *jimar* oculta el cabello, el óvalo de la cara, el cuello y cubre hasta el pecho. El *niqab* sólo deja mostrar, a través de una línea muy fina, los ojos, cubriendo a la mujer por entero. El *burka*, propio de Afganistán, cubre a la mujer por entero, incluso la zona de los ojos aparece oculta por una rejilla que es la que permite a la mujer ver”. FRANCÉS BRUNO, E., *La regulación del pañuelo islámico en el espacio público español. Alternativas a legislar*, Fundación Alternativas, Madrid, 2008, p. 51. Véase también CATALÁ RUBIO, S., “Libertad religiosa de la mujer musulmana en el Islam y uso del velo”, en *El pañuelo islámico en Europa*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009, pp. 45 y 47.

*Civil Rights Act* de 1964, que prohíbe la discriminación por causa de la religión y obliga al empleador a acomodar razonablemente las creencias religiosas de los empleados salvo que eso le suponga una carga excesiva. La Corte Federal entendió que la restricción de la libertad religiosa de la demandante estaba justificada por la existencia de un interés estatal en mantener no sólo la neutralidad sustantiva del cuerpo de policía, sino también su apariencia de cara a la sociedad en general; y citaba como precedente la sentencia de otro tribunal federal de apelación, en la que se legitimaba el despido de un oficial de policía evangélico, en una ciudad tejana, por negarse a quitar de su uniforme un pin con una cruz dorada.<sup>508</sup> En *Webb*, además se hacía notar que la política de uniformes de la policía de Filadelfia no conocía excepciones. Ese factor distinguía este caso de otra sentencia de la misma Corte, diez años antes, en la que se había declarado que dos oficiales musulmanes sunitas tenían derecho a que se les dejara crecer la barba por razones religiosas: las normas de policía prohibían la barba, pero preveían la posibilidad de permitir excepciones por razones médicas, y el mismo trato debía darse a una obligación de carácter religioso.<sup>509</sup>

En Canadá, una vez más, puede comprobarse el interés del ordenamiento jurídico por buscar el acomodo a las prácticas religiosas o deberes de conciencia hasta el límite de lo razonable. A nivel de legislación sobre el uniforme de los cuerpos de seguridad, resulta significativo el contraste con Estados Unidos. El derecho canadiense, más atento a la tutela de la libertad que a la apariencia de una neutralidad entendida como asepsia

---

<sup>508</sup> *Daniels v. City of Arlington*, 246 F.3d 500 (5th Cir. 2001).

<sup>509</sup> *Fraternal Order of Police Newark Lodge n° 12 v. City of Newark*, 170 F.3d 359 (3d Cir. 1999).

religiosa, ha establecido desde hace tiempo la posibilidad de que, en la Guardia Montada, los sij sustituyan el característico sombrero *stetson* por su tradicional turbante. Frente a una impugnación de esa medida por un grupo de veteranos de la Guardia, la jurisprudencia ha mantenido la legitimidad de esa particular excepción a favor de los sijs desde la perspectiva tanto de la libertad religiosa como de la igualdad.<sup>510</sup>

## **B) La apariencia física**

Iniciaremos este apartado con la presentación de una sentencia del Tribunal Constitucional alemán que refleja perfectamente el conflicto entre la libertad del empresario y la del trabajador y el límite que puede encontrar una y otra y la misma obligación de acomodo en un caso, como el que pasamos a estudiar, relativo a la imagen o apariencia física del trabajador.

Sentencia del Tribunal Constitucional federal de 2003,<sup>511</sup> relativa al despido de una trabajadora de unos grandes almacenes por vestir el velo en su trabajo. Los hechos tuvieron lugar en una pequeña ciudad alemana del *Land* de Hesse. La empleada, de origen turco, llevaba varios años contratada en la empresa como vendedora en la sección de cosméticos y perfumería. Durante ese tiempo había vestido al estilo occidental, sin signo visible que revelara su fe musulmana. Sin embargo, al retornar de un permiso por maternidad, afirmó que

---

<sup>510</sup> *Grant v. Canada (attorney general)*, (1995) 1 F.C. 158 (Fed. T.D. Jul 08, 1994) (1ª instancia), afirmado en apelación: (1995) F.C.J. n° 830 (F.C.A. May 31, 1995); recurso a la Corte Suprema inadmitido (1995) S.C.C.A. n° 394 (S.C.C. Feb 15, 1996).

<sup>511</sup> BVerFG, 1 BvR 792/03 vom 30.7.2003, Absatz-Nr. (1-27).



había experimentado un cambio interior que le había persuadido de la necesidad de cubrir su cabeza de acuerdo con la costumbre y las normas del Islam. Su firmeza en no prescindir del velo motivó que la empresa finalmente la despidiera, alegando el perjuicio que esa imagen de una vendedora ataviada con velo islámico causaría a las ventas, por ser su clientela de una población pequeña y en gran parte de origen rural, poco acostumbrada a cambios en sus tradiciones. En primera y segunda instancia prevaleció la decisión de la empresa. Sin embargo, el Tribunal Laboral federal llegó a la conclusión contraria y declaró el despido improcedente, con razonamiento que recuerda bastante a la doctrina del acomodo de la jurisprudencia canadiense, y que fue aceptado por el Tribunal Constitucional federal al desestimar el recurso de la empresa. Sustancialmente, la argumentación se centraba en realizar una ponderación de los derechos en conflicto: la libertad religiosa y el derecho al trabajo de la empleada por un lado, y la libertad de empresa del empleador por otro. La conclusión fue que debía darse prioridad a los derechos de la trabajadora, ya que los grandes almacenes no habían probado de manera concreta el perjuicio que se derivaría para el negocio de la decisión de la vendedora de vestir el *Kopftuch* en ejercicio de su libertad religiosa. Además, se hacía notar que, siendo su especialidad las ventas, podría haber sido trasladada a otra sección donde se minimizara el alegado impacto comercial negativo de su indumentaria.<sup>512</sup>

Pueden existir intromisiones legítimas del empresario en la imagen o en la apariencia exterior del trabajador, por así decirlo, consentidas, en cuanto que

---

<sup>512</sup> Un comentario a la sentencia: LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, A., “Despido improcedente de una dependiente de grandes almacenes por llevar velo islámico”, en *RGDCDEE*, nº 3, Iustel.com, 2003, pp. 1-9.

vinieran impuestas por la naturaleza misma de las tareas voluntariamente contratadas. Hay actividades que traen consigo una restricción en el derecho a la imagen de quien deba realizarlas, por la propia naturaleza de estas actividades. Cuando ello sea así, quien aceptó prestar tareas de esta índole no puede invocar el derecho fundamental para eximirse de su realización, aunque la restricción que se le imponga no puede lesionar valores elementales de la dignidad o de la intimidad de la persona.<sup>513</sup> En otro caso, no bastaría para justificar la restricción del derecho la mera afirmación del interés empresarial o los requerimientos organizativos de la empresa, no conectados de forma necesaria con el objeto del contrato. Una intrusión sobre la imagen o sobre la apariencia física del trabajador ha de venir exigida por razones de necesidad, de modo que no fuera posible al empresario otra forma o medio razonable de alcanzar el legítimo objetivo perseguido.<sup>514</sup>

La relación laboral, la inserción del trabajador en una organización ajena y su sometimiento a unos poderes organizativos y de dirección del empresario han de tomarse en consideración para valorar la coordinación entre el derecho del trabajador a decidir sobre su propia imagen, y más concretamente, entre la libertad de conciencia del trabajador y el de la empresa afectado por esa imagen. El trabajador se inserta en una esfera abierta, y en cierto sentido pública, la de la empresa, lo que modula su derecho a la propia imagen en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desarrollo de la actividad productiva, debiendo buscarse la coordinación y concordancia práctica entre ambos derechos, es decir, un acomodo razonable.

---

<sup>513</sup> RODRIGUEZ- PIÑERO, M., “Intimidad del trabajador y contrato de trabajo”, en *Tres décadas de relaciones laborales, op. cit.*, p. 280.

<sup>514</sup> STC 99/1994, de 11 de abril.

El TS ha considerado asimismo que la apariencia de los empleados proyecta al exterior la imagen de la compañía y, en base a ello, entiende que estaría justificada una exigencia de buena imagen, pues aquélla *ha de ser buena para mantenerse en la actividad*.<sup>515</sup> Ahora bien, tal interpretación habrá de ser restrictiva y no cabe asimilarla a la mera conveniencia empresarial o a la expectativa de que será conveniente para el negocio<sup>516</sup>, pues, en definitiva, estamos ante la limitación de un derecho fundamental y como expresaría González Ortega la opinión de la clientela se habría convertido en un criterio decisivo a la hora de justificar la vulneración de derechos fundamentales del trabajador. Por ello, la clave será vincularlo a la propia subsistencia del proyecto empresarial, al mantenimiento de su posición competitiva en el mercado,<sup>517</sup> empresas dedicadas a servicios o productos concretos que requieran proyectar una imagen determinada;<sup>518</sup> en definitiva, determinada apariencia o características físicas son esenciales no meramente convenientes. En caso contrario, entendemos que no cabría aplicar la excepción y, en cualquier caso, la exigencia de proporcionalidad del requisito convertiría en ilegítima (por discriminatoria), por ejemplo, una exclusión del proceso de selección en base al no cumplimiento del requisito de buena imagen cuando se

<sup>515</sup> STS, 27 de diciembre de 1999.

<sup>516</sup> En este sentido, GONZÁLEZ BIEDMA, E., “La apariencia física del trabajador y el contrato de trabajo: una aproximación al problema”, en *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, M. E. Casas Baamonde, F. Durán López, y J. Cruz Villalón (coords.), La Ley, Madrid, 2006, p. 681. Véase también, SERRA CALLEJA, J., “La discriminación laboral por causas atípicas: el aspecto físico y la posesión de enfermedades contagiosas” en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 128, Centro de Estudios Financieros, 1993, pp. 96 y ss.

<sup>517</sup> RODRÍGUEZ CARDO, I. sostiene que la interpretación del legítimo interés empresarial requiere una adecuada ponderación, en la medida en que el atractivo físico del trabajador no proporcione valor añadido no se justificará que forme parte de los elementos de valoración. *Poder de dirección empresarial y esfera privada del trabajador*, Consejo Económico y Social, Asturias, Oviedo, 2009, p. 88.

<sup>518</sup> El interés empresarial o comercial justifica la uniformidad en actividades de cara al público mientras que puede encontrarse más difuminado cuando la prestación no cuenta con ese elemento de publicidad, porque la creación de una imagen de marca requiere la presencia de terceros que identifiquen esa indumentaria con un determinado producto o compañía. RODRÍGUEZ CARDO, I., *op. cit.*, p. 70.

trata de reclutar a un candidato para un puesto que no implique trato con clientes y, en todo caso, la exigencia de este requisito sólo a la mujer.<sup>519</sup> De cualquier forma, el interés empresarial o comercial no puede basarse en un mero prejuicio derivado de estereotipos sino en una realidad objetiva que permita calificar la diferencia como razonable y el resultado proporcionado. Una limitación empresarial al ejercicio externo de la libertad de conciencia sólo es admisible si resulta imprescindible para el correcto y ordenado funcionamiento de la organización productiva y resulta justificada la imposibilidad de acomodo razonable.

#### **IV.2.2. Jornada laboral y festividades religiosas**

En el ámbito laboral una de las cuestiones que mayor problema plantea en relación con el ejercicio del derecho de libertad religiosa es el relativo al reconocimiento del derecho al descanso laboral y a las festividades religiosas.

La problemática que se plantea, tal y como la describe Meseguer Velasco, es la siguiente: “frente al descanso semanal fijado tradicionalmente el domingo y los días festivos que son en buena parte festivos religiosos que responden a la tradición cristiana, aparecen otros trabajadores, normalmente los fieles de la Iglesia Adventista del Séptimo Día, los judíos ortodoxos, los testigos de Jehová y los musulmanes, que reclaman el descanso semanal y la celebración de sus festividades religiosas en días que no coinciden con el

---

<sup>519</sup> STC 207/1987, de 22 de diciembre.

calendario laboral, nacional o autonómico. Se produce entonces una negativa a trabajar en días festivos de naturaleza religiosa basada en el conflicto que tiene lugar en la conciencia del trabajador; se contraponen la necesidad de cumplir con sus principios religiosos y la necesidad de cumplir las obligaciones derivadas de su relación contractual”<sup>520</sup>.

En nuestro derecho positivo el descanso laboral se recoge en el artículo 37.1. del ET, que dispone que los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo semanal de día y medio ininterrumpido que, como regla general comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo. Por su parte, el artículo 34.7. del ET establece además la posibilidad de que el gobierno, a propuesta del Ministro de Empleo y Seguridad Social, y previa consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas establezca regímenes de descanso alternativos en aquellos sectores y trabajos que por sus peculiaridades así lo requieran.

Resulta por lo tanto que la regla general es el descanso dominical, atendiendo a la tradición católica predominante en nuestro país, y así se recoge también en el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos, en su artículo 3, aunque no obstante hay que recordar que el TC ha declarado el carácter secular de este descanso semanal: “que el descanso semanal corresponda en España, como en los pueblos de civilización cristiana, al domingo, obedece a que tal día es el que por mandato religioso y

---

<sup>520</sup> MESEGUER VELASCO, S., “La integración de la diversidad religiosa en el ámbito de las relaciones laborales: la cuestión de las prácticas religiosas”, en *RGDCDEE*, nº 28, Iustel.com, 2012, p. 5.

por tradición se ha acogido en estos pueblos; esto no puede llevar a la creencia de que se trata del mantenimiento de una institución con origen causal único religioso, pues (...) el descanso semanal es una institución secular y laboral, que si comprende el domingo como regla general de descanso semanal es porque este día de la semana es el consagrado por la tradición”<sup>521</sup>.

En el artículo 12 del Acuerdo con la Federación de Entidades Religiosa Evangélicas de España (FEREDE) y con la Federación de Comunidades Israelitas (FCI) dispone que “el descanso laboral semanal, tanto para los fieles pertenecientes a la Unión de Iglesias Adventistas del Séptimo Día o a otras iglesias evangélicas integradas en la FEREDE cuyo día de precepto sea el sábado, como para los fieles de las Comunidades israelitas pertenecientes a la FCI, podrá comprender siempre que medie acuerdo entre las partes, la tarde del viernes y el día completo del sábado, en sustitución del que establece el artículo 37.1. del ET como regla general”. Por su parte, en el artículo 12.1. del Acuerdo con las comunidades islámicas, pertenecientes a la Comisión Islámica de España (CIE), se prevé que los miembros de las comunidades islámicas pertenecientes a la CIE que lo deseen, podrán solicitar la interrupción de su trabajo los viernes de cada semana, día de rezo colectivo obligatorio y solemne de los musulmanes, desde las 13:30 hasta las 16:30 horas, así como la conclusión de la jornada laboral una hora antes de la puesta del sol, durante el mes de ayuno, añadiendo que será necesario el previo acuerdo entre las partes

---

<sup>521</sup> STC 19/1985, de 13 de febrero, FJ 4.

y que las horas dejadas de trabajar deberán ser recuperadas, sin compensación alguna<sup>522</sup>.

En relación con las festividades religiosas, el ET, en su artículo 37.2. establece que “Las fiestas laborales, que tendrán carácter retribuido y no recuperable, no podrán exceder de catorce al año, de las cuales dos serán locales” y que “en cualquier caso se respetarán como fiestas de ámbito nacional las de la Natividad del Señor, Año Nuevo, Uno de mayo, como Fiesta del Trabajo, y Doce de Octubre, como Fiesta Nacional de España. Por lo que respecta al resto de confesiones con acuerdo, también se prevé, siempre que medie acuerdo entre las partes, la posibilidad de sustituir las festividades y conmemoraciones religiosas a que se refiere el artículo 12 de cada uno de los acuerdos, por las establecidas en el artículo 37.2. del ET, con el mismo carácter de retribuidas y no recuperables, a petición de los fieles de las respectivas comunidades.

El problema que encontramos, como señala Rosell Granados, es que el empresario se ha convertido en la pieza clave para que el trabajador pueda ejercitar o no su derecho dentro de la empresa, puesto que “los diferentes Acuerdos entre el Estado español y las confesiones religiosas, al reconocer el derecho al descanso laboral y a la celebración de las festividades religiosas trasladaron la regulación de esta materia a la autonomía de la voluntad de

---

<sup>522</sup> Cfr. GARCÍA-PARDO, D., “Descanso semanal y festividades religiosas islámicas”, en *Los musulmanes en España. Libertad religiosa e identidad cultural*, A. Motilla de La Calle (ed.), Trotta, Madrid, 2004; BARRIOS, G. y JIMÉNEZ AIBAR, I., “La conciliación entre la vida laboral y la práctica de la religión musulmana en España: un estudio sobre la aplicación del Acuerdo de cooperación con la Comisión Islámica de España y otras cuestiones relacionadas”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 274, Centro de Estudios Financieros, 2006.

trabajadores y empresarios”.<sup>523</sup> Y, frecuentemente, como pone de relieve Meseguer Velasco, lo que sucede es que el trabajador, motivado en general por la precariedad laboral, es infrecuente que solicite alterar el día de descanso semanal previamente establecido y el empresario, por su parte, no se encuentra obligado a alegar una causa motivada que justifique la denegación de la solicitud para que se produzca un cambio de horario que afecte al descanso semanal”.<sup>524</sup>

Como en reiteradas ocasiones ha indicado la doctrina, aunque el artículo 12 de los Acuerdos permite al trabajador disfrutar del día de descanso laboral acorde a sus creencias y de sus festividades religiosas, es éste un derecho que queda sujeto al acuerdo entre las partes y en cuyo reconocimiento predomina la posición del empresario. La referencia al previo acuerdo entre las partes se traduce, en definitiva, en que el respeto a la libertad de conciencia se deja en manos de la discrecionalidad del empresario. Como ya sabemos al empresario no se le impone ninguna obligación de intentar una compatibilización entre la organización laboral y lo que demanda la conciencia del trabajador. Según Navarro Valls: “sin duda hubiera sido deseable que tal decisión se hubiera desplazado del marco discrecional de las empresas al ámbito imperativo del *Ius cogens*, exigiendo un esfuerzo de adecuación por parte del empresario a la razonable pretensión del trabajador fundada en motivos religiosos, cuyo límite razonable sería en todo caso el normal funcionamiento de los servicios

---

<sup>523</sup> ROSSELL GRANADOS, J., *La no discriminación por motivos religiosos en España*, op. cit., p. 119.

<sup>524</sup> MESEGUER VELASCO, S., “La integración de la diversidad religiosa en el ámbito de las relaciones laborales: la cuestión de las prácticas religiosas”, op. cit. p. 12.



mínimos establecidos, según el modelo italiano de las *intese*".<sup>525</sup> Incluso podría afirmarse que los citados artículos de los Acuerdos de 1992 conceden a las tres confesiones afectadas una protección menor de la que podría deducirse de una hermenéutica razonable de los derechos contemplados con carácter general en la Constitución, en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, y en las disposiciones de la Directiva del Consejo de la Unión Europea 2000/78/CE.<sup>526</sup> Y también, en el mismo sentido crítico, Motilla de La Calle cuando declara: "A mi modo de ver, la actual redacción es poco sensible al reconocimiento del derecho del trabajador a conmemorar sus festividades que menciona el art. 2.b de la LOLR como contenido esencial del derecho de libertad religiosa. La garantía que se ofrece a tal derecho, que ni siquiera se menciona expresamente, es mínima. Hacer depender su efectividad del mencionado acuerdo entre las partes, dada la posición de superioridad del empresario en la relación, es prácticamente dejar en sus manos el otorgar o no el derecho a conmemorar las festividades de las confesiones minoritarias. La decisión discrecional, o tal vez arbitraria, que adopte tampoco queda limitada por la obligación de motivarla en causas justificadas por la organización empresarial".<sup>527</sup>

La fórmula empleada en los Proyectos de Acuerdos con la FEREDE y la FCI de 1990<sup>528</sup> equilibraba, en la línea que contemplan otros ordenamientos

---

<sup>525</sup> NAVARRO VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J., Conflictos entre conciencia y ley: las objeciones de conciencia, *op. cit.*, p. 463.

<sup>526</sup> *Ibidem*, p. 464.

<sup>527</sup> MOTILLA DE LA CALLE, A., "Ley Orgánica de Libertad Religiosa y Acuerdos con las confesiones: experiencia y sugerencias de *iure condendo*", en *RGDCDEE*, nº 19, Iustel.com, 2009, p. 30.

<sup>528</sup> El art. 3 de la propuesta de acuerdo con la FCI de 1990, declaraba: "el gobierno español reconoce el derecho de los judíos a respetar el sábado y demás festividades religiosas judías en el seno de las relaciones laborales, en los colegios y en las fuerzas armadas en tiempo de paz. Con este fin, y a petición de los interesados, se garantiza a los judíos que trabajen en organismos estatales o entes públicos, a los

de nuestro entorno cultural, el derecho de libertad religiosa del trabajador, que sí se menciona expresamente, y las necesidades de la organización laboral y los intereses del empresario. Precisamente la redacción fue modificada, por indicación del Consejo de Estado de 31 de diciembre de 1991, para adecuarla a los fundamentos de Derecho de la STC 19/1985, de 13 de febrero,<sup>529</sup> que rechaza cualquier imposición u obligación para el empresario. Sin embargo, también habría que tener en cuenta las unánimes críticas de la doctrina a la decisión del Tribunal Constitucional, y cómo otras sentencias, como la del TS (Sala de lo Social) de 20 de abril de 1988, condicionan la potestad del empresario a la concurrencia de motivos suficientes en el normal funcionamiento de la organización empresarial.<sup>530</sup>

En todo caso, y aún compartiendo esta crítica doctrinal generalizada, entendemos que la postura más certera y conforme a una interpretación

---

que ejerzan una actividad autónoma, profesional o comercial, el derecho a disfrutar del descanso semanal del sábado y de abstenerse de trabajar en las festividades religiosas judías”.

<sup>529</sup> Los antecedentes son los siguientes. Una trabajadora, habiéndose convertido a la Iglesia Adventista del Séptimo Día, solicitó de la empresa en que trabajaba que se le eximiera de actividad laboral desde la puesta de sol del viernes a la del sábado, por imponerle sus creencias religiosas la inactividad en dicho período. No obstante haber propuesto la trabajadora a la empresa distintas fórmulas para compatibilizar sus convicciones con los intereses de la propia empresa, que incluían un cambio de turno y una ausencia con reducción salarial, éstas no fueron aceptadas y la trabajadora fue despedida por abandono de puesto de trabajo, al no acudir a la empresa en los días en que sus convicciones religiosas le imponían el obligado descanso semanal. El Tribunal Central de Trabajo estimó procedente el despido. Recurrida en amparo la sentencia, el Tribunal Constitucional decidió desestimar el recurso de la trabajadora porque, “partiendo del régimen de jornada establecido con carácter general para la empresa, el otorgamiento de un descanso semanal distinto supondría una excepcionalidad que, aunque pudiera estimarse como razonable, comportaría la legitimidad del otorgamiento de esta dispensa del régimen general, pero no la imperatividad de su imposición al empresario”.

<sup>530</sup> Se trataba de una persona convertida a la Iglesia Adventista, que trabajaba en una empresa de alquiler de coches e inicialmente había obtenido del director local la autorización para cambiarse al turno del domingo, autorización de la cual había hecho uso por más de tres meses. Posteriormente, ese permiso había sido revocado por un nuevo director, que lo había reenviado al turno de sábado. Después de algunas ausencias, fue despedido. El Tribunal Supremo argumentó que la primera autorización había modificado las condiciones del contrato de trabajo. En concreto, se había producido, por mutuo acuerdo y con justa causa, el credo religioso del trabajador, una novación de la primera relación contractual que no podía ser ya cambiada de nuevo unilateralmente por la empresa, y menos aún teniendo en cuenta las peculiaridades organizativas del centro de trabajo, que hacían practicable sin particular problema la prestación laboral en domingo.

amplia de la libertad de conciencia, y que mejor se adecua a la tesis de este trabajo es, sin duda, la crítica realizada por Llamazares Fernández: “El ejercicio efectivo de un derecho fundamental no puede hacerse depender de un hipotético acuerdo con una confesión religiosa (...). Si se trata de un derecho fundamental individual o de una parte de su contenido esencial, no tendría sentido hacer depender el ejercicio efectivo de ese derecho del hecho de que la confesión tenga notorio arraigo, con violación clara del principio personalista”.<sup>531</sup>

#### **A) La celebración de festividades religiosas por el trabajador y su prueba**

Reconocido, por tanto, el derecho del trabajador a ausentarse del trabajo para la celebración o conmemoración de las festividades correspondientes a sus creencias religiosas, siempre que medie previo acuerdo de las partes, se plantea el problema de la prueba. El TEDH ha reconocido el derecho de los trabajadores a ausentarse de su puesto de trabajo para celebrar sus festividades religiosas cuando así lo prevea la regulación laboral, manifestando, como veremos seguidamente, que no lesiona el derecho de libertad de conciencia que se exija a los trabajadores que prueben que pertenecen a un concreto grupo religioso. Como advierte Celador Angón, no se trata de que los trabajadores que quieran disfrutar de un derecho tengan que demostrar la veracidad de sus creencias, sino de que

---

<sup>531</sup> LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia II. Libertad de conciencia, identidad personal y solidaria*, Civitas, Pamplona, 2007, p. 384. Vid. MARTÍNEZ TORRÓN, J. *Separatismo y cooperación en los Acuerdos del Estado con las minorías religiosas*, Comares, Granada, 1994, pp. 153 y ss.

existan indicios claros de que practican aquella religión cuya festividad pretenden celebrar durante su jornada laboral. En otro caso, la libertad de conciencia se configuraría como un derecho cuyo ejercicio incontrolado podría generar daños a terceros, el empresario, pues sería suficiente con modificar las creencias personales, en función de las sucesivas festividades religiosas que prevea el calendario laboral, para ausentarse legítimamente del puesto de trabajo.<sup>532</sup>

En la STEDH<sup>533</sup> que pasamos a exponer, asunto *Kosteski*, se plantea el problema de seguridad jurídica que supondría aceptar cualquier petición que hagan los trabajadores en el terreno de las festividades religiosas sin que prueben nada al respecto suficientemente. En esta sentencia el TEDH se pronunció sobre la posibilidad de que los trabajadores puedan acomodar su horario y jornada laboral a las festividades de su religión. El señor Kosteski estaba empleado en una compañía eléctrica de Macedonia, y no asistió durante un día a su puesto de trabajo, pese a las instrucciones de su superior según las cuales ningún empleado debía tomarse días libres durante esa semana debido a la fuerte carga de trabajo. El demandante justificó su ausencia en que al ser de religión musulmana, el día en que se ausentó era no laborable para quienes profesan dicha religión. La ausencia del empleado propició la apertura de un expediente que finalizó con la imposición de una sanción del 15% de su sueldo durante tres meses. El empleado recurrió la sanción ante la jurisdicción competente exponiendo que aquella no se ajustaba a derecho, pues el día anterior había avisado a su superior de que se

---

<sup>532</sup> CELADOR ANGÓN, O., *Libertad de conciencia y Europa. Un estudio sobre las tradiciones constitucionales comunes y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, op. cit., p. 117.

<sup>533</sup> STEDH, *Kosteski contra la antigua República Yugoslava de Macedonia*, de 13 de abril de 2006.

ausentaría de su puesto de trabajo, y dada su condición de musulmán estaba obligado en conciencia a celebrar determinadas festividades religiosas. El Tribunal ratificó la sanción, debido a que el demandante no probó que fuera musulmán, es más, durante el proceso el señor Kostaske afirmó que expresaba sus creencias religiosas de forma individual sin asistir a las mezquitas y que su derecho a la libertad de conciencia también le amparaba en este terreno. Un problema añadido radicó en que el demandante también se ausentó de su puesto de trabajo durante las fiestas religiosas cristianas. Las instancias judiciales superiores que se pronunciaron sobre este particular lo hicieron en los mismos términos, entendiendo que “era cierto que las creencias religiosas eran cuestiones internas personales. Sin embargo, en este caso, se tenía que probar si la ausencia del demandante de su trabajo estaba justificada. Por lo tanto, era importante establecer la confesión religiosa del demandante. El Tribunal de instancia tuvo razón al rechazar el recurso del demandante ya que éste no había probado que fuera musulmán pues también había celebrado las fiestas religiosas cristianas”.<sup>534</sup> El Tribunal Constitucional macedonio ratificó las sentencias previas porque, en su opinión, el demandante no fue discriminado por razón de sus concretas creencias religiosas, ya que de las afirmaciones que realizó el propio demandante se dedujo que sus creencias religiosas no se correspondían objetivamente con las musulmanas, e incluso cuando fue preguntado por los tribunales inferiores sobre determinados dogmas relevantes para los musulmanes no supo responder.<sup>535</sup>

---

<sup>534</sup> *Vid.*, par. 15.

<sup>535</sup> *Vid.*, par. 23.

El TEDH estimó que no se produjo una injerencia en las creencias del Sr. Kostas, pues “aunque es posible que su ausencia del trabajo estuviera motivada por la intención del demandante de celebrar una festividad musulmana, no parece que ésta fuera una manifestación de sus creencias en el sentido protegido por el artículo 9 del Convenio o que el castigo impuesto por incumplir el contrato ausentándose sin permiso fuera una injerencia en esos derechos”.<sup>536</sup> Respecto a la queja del demandante de que se le pidiera probar su fe religiosa, el Tribunal constató el dato de que en los procesos judiciales internos se mantuvieron las sanciones laborales contra el Sr. Kostas, pero no porque éste no demostrase la veracidad de sus convicciones o creencias, sino porque no probó, más allá de su mera afirmación, que fuera musulmán. El TEDH también dio la razón al Estado en este terreno, pues “cuando el empleado pide basarse en una exención particular, no es opresivo ni entra en conflicto fundamental con la libertad de conciencia el exigir algún nivel de concreción cuando esa reclamación se refiere a un privilegio o derecho no disponible en general y, si no se presenta la prueba, llegar a una conclusión negativa. Sin embargo, el demandante no estaba preparado para presentar ninguna prueba que pudiera sustanciar sus reclamaciones. Por lo tanto, en la medida en la que el procedimiento revelaba una injerencia en la libertad religiosa del demandante, esto no era desproporcionado y podía, en las circunstancias de este caso, ser contemplado como justificado en términos del segundo apartado, esto es, previsto por la Ley y necesario en una sociedad democrática para la protección de los derechos de los demás”.<sup>537</sup> Por último, el TEDH entendió que el hecho de que el demandante fuese la única persona a la

---

<sup>536</sup> *Vid.*, par. 37.

<sup>537</sup> *Vid.*, par. 39.

que su empleador le hubiese pedido probar la práctica de una fe no lesionaba el principio de no discriminación ya que el demandante estaba reclamando un privilegio al que no tendría derecho, salvo que fuera cierto que pertenecía a la religión musulmana. En consecuencia el Tribunal estimó que no era desproporcionado exigir al Sr. Kostaschi que demostrara algún nivel de sustanciación de su reclamación. Es un supuesto en el que no se puede apreciar con claridad la sinceridad de la convicción individual, no hay indicios fundados, y en último término, a fin de evitar el fraude a la ley y el perjuicio al empresario, se hace imprescindible exigir una prueba que no se obtiene.

**B) Dos ejemplos jurisprudenciales del alcance de la obligación de acomodo razonable del descanso laboral del trabajador por motivos de conciencia**

Una primera y fundamental sentencia de la Corte Suprema canadiense sobre descanso sabático es *O'Malley*, en 1985<sup>538</sup> a la que ya hemos hecho referencia. El nombre por el que es conocido el caso proviene de su protagonista, aunque la demanda ante la Corte Suprema fuera presentada en su nombre por la Comisión de Derechos Humanos de Ontario. La protagonista del caso era una trabajadora cuyo puesto laboral le requería trabajar los viernes por la tarde y los sábados. Después de su conversión a la religión de los Adventistas del Séptimo Día, y en cumplimiento de las normas morales de su Iglesia, la Sra. O'Malley toma la decisión de no trabajar en esa franja de tiempo, circunstancia de la que informa enseguida a su empleador. El

---

<sup>538</sup>*Ontario (Human Rights Commission) v. Simpsons-Sears Ltd.*, (1985) 2 S.C.R. 536.

empresario inicialmente la despide por no estar en condiciones de continuar cumpliendo las obligaciones de su contrato, pero enseguida le ofrece recontractarla a tiempo parcial, con la consiguiente reducción salarial. La trabajadora interpone demanda por discriminación, en la que pedirá sólo compensación económica por la diferencia de salario durante unos meses, ya que, desde su matrimonio, ocurrido poco después de los hechos, ya no sigue estando interesada en mantener su dedicación a tiempo completo. La Corte Suprema decidió a favor de la trabajadora.

Distinguía la Corte Suprema canadiense entre discriminación directa e indirecta. La primera proviene de una norma o práctica empresarial que distingue y es de aplicación directa a las personas que se encuentran en las circunstancias del trabajador afectado. La segunda, en cambio, tiene su origen en una regla neutral de aplicación indiscriminada que, por las características, aquí creencias, de una persona o grupo, los sitúa de hecho en posición de desventaja respecto a los demás (es el mismo planteamiento de la Directiva de la UE sobre igualdad en el trabajo). Afirma la sentencia que, para apreciar la existencia de discriminación indirecta no se requiere probar que el empresario ha actuado con intención discriminatoria en contra de la legislación aplicable: porque lo importante es el efecto discriminatorio que se produce respecto al trabajador con determinada creencia, y porque de otro modo se harían inviables en la práctica demandas por este motivo, dadas las dificultades para probar fehacientemente la intención subjetiva del empleador. Así las cosas, entiende la Corte que la Sra. O'Malley se encuentra en un supuesto de discriminación *prima facie*. No obstante, eso no le garantiza automáticamente



un derecho a ser compensada, pues los derechos del trabajador han de ser contrastados con el legítimo derecho del empresario a gestionar su negocio. Lo que el principio de igualdad impone al empleador es que lleve a cabo un acomodo razonable de las creencias del trabajador siempre que ello no le cause gravamen excesivo (*undue hardship*). Ese esfuerzo de acomodo, añade la Corte Suprema, reclama una actitud y proceder activos por parte del empresario, en busca de una solución apropiada que haga compatibles sus intereses y las creencias religiosas del trabajador. Como, en el presente caso, no constaba que el empresario hubiera estudiado otras posibles formas de acomodo más allá de la oferta de trabajo a tiempo parcial, la Corte estimaba la demanda y dictaminaba que la Sra. O'Malley tenía derecho a la compensación económica solicitada.

A continuación expondremos otro supuesto que refleja también el alcance real que tiene en el Derecho canadiense la obligación de acomodo razonable de las convicciones del trabajador. Se exige a la otra parte un esfuerzo real y demostrable, no de resultado sino de intento de acomodo razonable.

Se trata del caso *Smart*<sup>539</sup> planteado por una empleada católica de grandes almacenes. Tras una modificación de las leyes de Quebec, se permitió la apertura de comercios en cuatro domingos de diciembre. La Sra. Smart hizo notar enseguida que no podría trabajar en domingo, ya que, según sus creencias, era un día de descanso que debía aprovechar para sus obligaciones

---

<sup>539</sup> *Smart v. T. Eaton Ltée.*, (1993) J.E. 93-446 (T.D.P.Q.).

religiosas y familiares. No obstante, dos meses más tarde, en el mes de diciembre, la empresa le anunció que debería trabajar dos días en domingo ese año, a lo cual se opuso la trabajadora a pesar de que se le ofreció liberarla de su trabajo el tiempo necesario para que pudiera asistir a misa. La Comisión de Derechos de la Persona de Quebec<sup>540</sup> estimó que la oferta de acomodo por parte de la empresa era razonable, entendiendo que la religión católica no obliga a sus fieles a no trabajar en domingo. La interpretación del Tribunal de Derechos de la Persona, sin embargo, fue muy distinta, y daría la razón a la trabajadora al tiempo que condenaba a la empresa a pagarle una indemnización. El Tribunal, en efecto, consideraba que se trataba de un caso típico de discriminación indirecta por razón de religión y procedió de acuerdo con las pautas fijadas al respecto por la Corte Suprema en casos anteriores de descanso sabático. El Tribunal precisaba que, si bien las convicciones de la Sra. Smart sobre el rigor con que ha de observar el domingo no se corresponden con la práctica de la mayoría de los católicos, su misión no es enjuiciar la validez teológica o moral de sus creencias sino sólo su sinceridad, algo, añade, que en circunstancias normales no ha de revestir particular dificultad, y que en este caso no ofrece duda alguna, como de hecho reconocía la empresa demandada. Su análisis de los hechos permitía al Tribunal concluir que la empresa *Eaton* no había realizado un esfuerzo razonable por acomodar las creencias de la demandante, sobre todo teniendo en cuenta que siempre había puesto ese esfuerzo cuando el descanso por razones religiosas había

---

<sup>540</sup> La Comisión de Derechos de la Persona de Quebec es una suerte de Ombudsman provincial integrado en la Comisión de Derechos de la Persona y de Derechos de la Juventud, la cual reúne desde 1995 en una sola dos comisiones que antes funcionaban de manera independiente, y que tienen por objeto velar por el respeto y la aplicación de la Carta de Derechos y Libertades de la Persona de Quebec. Sus decisiones pueden ser recurridas ante el Tribunal de Derechos de la Persona, compuesto por siete personas: un juez de la Corte de Quebec designado por el gobierno y seis asesores.

sido invocado por judíos o por adventistas. Además, tampoco constaba que la empresa hubiera intentado encontrar otros trabajadores dispuestos a ocupar el lugar de la Sra. Smart en esos dos domingos de diciembre: algo que probablemente no le hubiera resultado difícil, ya que esas horas de trabajo se pagaban mucho mejor que las ordinarias (un 50% más). En fin, se consideró que no podía alegarse que la demandante hubiera rehusado colaborar con la ejecución de un acomodo razonable propuesto por el empresario, porque el intento de acomodo no había llegado a producirse.

La sensibilidad de la jurisprudencia canadiense hacia la libertad de conciencia del trabajador contrasta con los planteamientos, bastante menos receptivos, del derecho supranacional europeo. Nos referimos, sobre todo, a la jurisprudencia, pues en el plano normativo ya se ha mencionado la Directiva 2000/78 de la Unión Europea dirigida a eliminar situaciones de discriminación indirecta por motivos de conciencia, entre otros factores. Así se puede observar en los siguientes ejemplos de sentencias, que pasamos a examinar. Expondremos dos casos alejados en el tiempo dieciséis años, pero con el mismo resultado restrictivo para el ejercicio de la libertad de conciencia. En *Kontinnen*<sup>541</sup> la demanda había sido presentada por un trabajador de la empresa pública de ferrocarriles de Finlandia, en la cual llevaba más de seis años. Tras su conversión a los Adventistas del Séptimo Día, explicó a sus superiores que ya no podría continuar trabajando después de la puesta de sol de los viernes, como consecuencia de sus obligaciones religiosas. En la práctica eso afectaba, en su caso, a unos cinco viernes al año, entre octubre y

---

<sup>541</sup> *Kontinnen contra Finlandia*, nº 24949/94, de 3 de diciembre de 1996.

marzo, en los cuales tendría que ausentarse antes de la terminación de su turno de trabajo, a las 18:39 horas. No constaba que la empresa hubiera realizado esfuerzo alguno por acomodar los deberes religiosos del trabajador y sí constaba que rechazó sus sugerencias al respecto, tales como trabajar más horas otros días o trabajar en domingo. A pesar de haber sido advertido de que no estaba autorizado a abandonar su puesto antes de tiempo, el trabajador dio prioridad a sus creencias religiosas y cesó su turno algunos días, antes de lo estipulado, lo cual provocó que recibiera algunos avisos y que finalmente fuera despedido (durante la temporada en la que se produjo el conflicto de intereses, entre marzo de 1992 y febrero de 1993, habían sido aproximadamente diez, en total, sus horas de ausencia reales). La jurisdicción finesa no encontró motivos para revocar la decisión del comité de funcionarios que había juzgado el despido procedente, una sola voz se alzó en ese comité para defender la posición del trabajador, aduciendo el impacto mínimo que sus ausencias habían tenido en la empresa, y haciendo notar que el despido era una medida desproporcionada: suponía castigar el absentismo del demandante con mayor severidad que, por ejemplo, una conducta similar provocada por problemas de alcoholismo. La Comisión Europea declaró la demanda inadmisible por manifiesta falta de fundamento, considerando, en una sorprendente interpretación restrictiva del Convenio, que el art. 9 protege solamente las convicciones internas y también “aquellos actos que están íntimamente vinculados a esas actitudes, tales como los actos de culto o devoción que son aspectos de la práctica de una religión o creencia en una forma generalmente reconocida”. Con un no menos sorprendente formalismo, concluía que el demandante había sido despedido no por sus creencias religiosas, sino por

negarse a cumplir su horario de trabajo; rechazo que, aun motivado por sus convicciones, no podía considerarse tutelado por el art. 9 CEDH. Y todavía añadía que, si encontraba incompatibilidad entre sus deberes religiosos y su horario laboral, el demandante era libre para renunciar a su trabajo, siendo ésta “en última instancia la garantía de su libertad de religión”.

La posición del TEDH, sin embargo, dieciséis años después, sigue siendo restrictiva en relación con el reconocimiento de excepciones a normas generales de horarios o jornadas laborales por razones religiosas. En efecto, en el caso *Sessa*,<sup>542</sup>2012, decidido con posterioridad a la segunda sentencia del caso *Bayatyan*, la Corte juzgó que no había razón para considerar que existiese restricción a la libertad religiosa de un abogado de religión judía a quien un tribunal interno había denegado el cambio de la fecha de una audiencia que coincidía con una festividad de su religión. No hay injerencia, dijo el Tribunal de Estrasburgo, porque la audiencia no impidió al abogado el cumplimiento de sus deberes religiosos y porque, en cualquier caso, el abogado tenía la posibilidad de hacerse reemplazar en esa audiencia por otro profesional. Por otra parte, aun suponiendo que hubiese existido injerencia, ésta estaría justificada por la finalidad de protección de los derechos de terceros (el derecho a una duración razonable del proceso judicial) y sería proporcionada a la finalidad buscada.

---

<sup>542</sup> STEDH, *Sessa Francesco contra Italia*, de 3 de marzo de 2012. Hay pendiente un recurso ante la Gran Sala.

### IV. 3. La extinción del contrato

La problemática que vamos a tratar bajo este epígrafe es la que hace referencia a los supuestos en los que hay que decidir cuándo el ejercicio del derecho a la libertad religiosa por parte del trabajador es abusivo y puede ser, por tanto, objeto de sanción y cuándo el poder disciplinario del empresario sobrepasa sus límites y vulnera el derecho fundamental de libertad religiosa del trabajador. Ejemplos claros de estos supuestos son las ausencias causadas por la celebración de las festividades religiosas, el abandono del trabajo durante la jornada para rezar, la utilización de una vestimenta religiosa ... Como explica Rossell Granados: “en estos supuestos el trabajador no pretende realizar una infracción laboral, ni tampoco pretende la anulación total o parcial del contrato de trabajo que firmó, sino que su pretensión es la de conseguir que se le dispense del cumplimiento de las obligaciones contractuales que libremente adquirió, sin que ello le suponga el despido”<sup>543</sup>.

Para resolver estos casos, la jurisprudencia en España ha utilizado el denominado criterio del *balance razonable* entre los derechos en conflicto. “Éste consiste en averiguar, por un lado, si el empresario ha adoptado las medidas oportunas para que no se produzca la colisión entre los derechos y por consiguiente se derive de ello una consecuencia negativa para el trabajador, y por otro, si el trabajador al hacer efectiva su exigencia ha obrado de buena fe”<sup>544</sup>. Es decir, será preciso ponderar si el empresario ha realizado un esfuerzo real de acomodo razonable.

<sup>543</sup> ROSSELL GRANADOS, J., *La no discriminación por motivos religiosos en España*, op. cit., p. 115.

<sup>544</sup> *Ibidem*.

Desde la perspectiva de esta tesis (la conveniencia de introducir una obligación legal genérica de acomodo razonable y ello para dar plena efectividad y garantía a la libertad de conciencia) la discrecionalidad de los poderes empresariales y entre ellos, del poder disciplinario, queda profundamente modulada.

La exclusión de la arbitrariedad en el ejercicio del poder empresarial se manifiesta ya de forma específica en las disposiciones legales que exigen para su conformidad a Derecho que determinadas decisiones empresariales se legitimen en función de la concurrencia de una causa o justificación, conectada a la conducta del trabajador o por una causa económica o técnica. Tal como expone Rodríguez Piñero, esos condicionamientos legales del ejercicio legítimo del poder empresarial, como exigencias legales específicas de racionalidad, que en cierto sentido lo legitiman y refuerzan, pueden ser entendidas también como manifestaciones de un principio más general de exigencia de ejercicio equitativo o no arbitrario de los poderes empresariales, y de que la libertad de empresa habría de ejercitarse de forma racional, y no protegería decisiones empresariales arbitrarias o caprichosas contrarias al interés constitucionalmente legítimo del trabajador a la igualdad, a no ser tratado arbitrariamente peor que los demás, o desconociendo su dignidad.<sup>545</sup> El poder empresarial, en cuanto poder jurídico, no puede ejercerse en contra de bienes constitucionales más relevantes, como la salud y la seguridad de las personas,

---

<sup>545</sup> RODRIGUEZ-PIÑERO, M., “La igualdad en los tratamientos laborales y su relevancia constitucional”, en *Tres décadas de relaciones laborales*, *op. cit.*, p. 137.

la libertad y la dignidad humana.<sup>546</sup> Las condiciones de legitimidad del ejercicio del poder disciplinario modularían este ejercicio a través de la imposición del respeto de garantías del trabajador afectado, de la prohibición de desigualdad de trato o de discriminación o de la exclusión del ámbito de las conductas sancionables las actuaciones de trabajadores que sean ejercicio legítimo de derechos fundamentales. Por otro lado, como también señala el mismo autor, podríamos hablar de la pérdida de la discrecionalidad sancionadora, haciendo obligatorio el uso de un poder que tradicionalmente ha sido concebido para la defensa exclusiva del interés empresarial. Se obligaría al empresario a sancionar determinadas conductas para evitar la responsabilidad por omisión. El poder de control de la organización llevaría aparejada la obligación de utilizar todos los medios que el ordenamiento dota al empresario para que éste no genere ni permita, a su vez, comportamientos contrarios en este caso a la dignidad de la persona.<sup>547</sup>

A continuación nos detendremos en los casos *Eweida y otros* en el TEDH<sup>548</sup> como ejemplos ilustrativos de la doctrina jurisprudencial más reciente sobre acomodos razonables relativos al uso de símbolos religiosos dinámicos y por motivos de convicciones, dos de los cuales terminan con despidos disciplinarios.

---

<sup>546</sup> Art. 4. 2. e) ET.

<sup>547</sup> RODRIGUEZ-PIÑERO, M., “Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo”, en *Tres décadas de relaciones laborales*, op. cit., p. 93.

<sup>548</sup> STEDH, *Eweida y otros contra El Reino Unido*, (nº 48420/10, 59842/10, 51671/10 y 36516/10), de 15 de enero de 2013.



#### IV.3.1. *Eweida* y otros ante el TEDH. Hechos.<sup>549</sup>

Expondremos sucintamente los hechos de las cuatro demandas que se presentaron conjuntamente y son los siguientes:

1) Caso *Chaplin*. La Sra. Chaplin era una enfermera empleada por un hospital público (*The Trust*) desde 1989 a 2010<sup>550</sup>. Desde el momento en que se confirmó en 1971, la Sra. Chaplin había llevado un crucifijo unido a una cadena alrededor de su cuello, considerando que quitárselo supondría una violación de su fe<sup>551</sup>. En 2007 el empleador requirió a la Sra. Chaplin para que se abstuviese de llevar la cadena con el crucifijo<sup>552</sup>. Se intentó llegar a una solución satisfactoria para ambas partes, pero el intento fracasó. Chaplin propuso llevar su cruz con un *match* magnético, pero, *The Trust* estaba preocupado por los riesgos que esta cruz podría conllevar para la salud de los pacientes, pues al no estar fija podría entrar en contacto con heridas abiertas. Se sugirió a la Sra. Chaplin que debería unir la cruz y la cadena al colgante que contenía su identificación personal. Sin embargo, la enfermera rechazó tal sugerencia porque el personal sanitario tenía que quitarse tanto la tarjeta identificativa como el colgante cuando realizasen funciones clínicas<sup>553</sup>. En consecuencia, la Sra. Chaplin no pudo continuar ejerciendo sus funciones y fue trasladada a un puesto diferente al de enfermera, que desapareció en el año

<sup>549</sup> <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-4221189-5014359#>. El texto íntegro de la sentencia se puede consultar aquí.

<sup>550</sup> *Ibidem*, par. 19.

<sup>551</sup> *Ibidem*, par. 18.

<sup>552</sup> *Ibidem*, par. 20.

<sup>553</sup> *Ibidem*.

2010.<sup>554</sup> La Sra. Chaplin alegó ante el Tribunal de Empleo que había sido discriminada, tanto directa como indirectamente, por motivos religiosos.<sup>555</sup> Este Tribunal sostuvo que no había discriminación religiosa directa, puesto que la posición del empresario se basaba en consideraciones de salud e higiene, en lugar de en motivos de naturaleza religiosa, y mantuvo que tampoco se trataba de discriminación indirecta, puesto que no había evidencia alguna de que la demandante hubiese sido sometida a una situación de desventaja.

2) Caso *Eweida*. La Sra. Eweida era una creyente cristiana que había trabajado desde 1999 como miembro del personal de facturación de *British Airways PLC*, compañía privada.<sup>556</sup> El código de uniforme de la compañía exigía que cualquier prenda o joya que se llevase por motivos religiosos debía quedar cubierta por el uniforme y cuando esto no fuese posible, el superior jerárquico del empleado debería aprobar el diseño de la prenda o la joya, para garantizar que cumplía con los estándares requeridos en materia de uniforme.<sup>557</sup> En el año 2006, la Sra. Eweida decidió mostrar abiertamente la cruz que llevaba colgada como signo de su fe.<sup>558</sup> Esto condujo a que fuese despedida cuando se negó a tapar la cruz en la manera exigida por sus superiores jerárquicos. Posteriormente, se le ofreció trabajo administrativo, negándose ella a aceptar esa propuesta. *British Airways*, tras varios meses de fuertes críticas en la prensa decidió cambiar su código interno en materia de prendas y joyas religiosas, autorizando a los trabajadores a mostrar símbolos religiosos. La Sra. Eweida fue admitida en su puesto anterior, pero presentó

---

<sup>554</sup> *Ibidem*, par. 21.

<sup>555</sup> *Ibidem*.

<sup>556</sup> *Ibidem*, par. 9.

<sup>557</sup> *Ibidem*, pars. 10-11.

<sup>558</sup> *Ibidem*, par. 12.

una demanda contra la compañía puesto que no se le había compensado económicamente por las pérdidas sufridas durante el periodo en que estuvo sin trabajar.<sup>559</sup> Tras ser rechazados sus recursos ante los tribunales británicos, la Sra. Eweida llevó su caso ante la Corte Europea.

3) Caso *Ladele*. La Sra. Ladele era una empleada del registro de nacimientos, matrimonios y defunciones y su empresario era la autoridad local.<sup>560</sup> Había desempeñado sus funciones desde mucho antes de la promulgación de *the Civil Partnership Act 2004*, esta ley del Parlamento británico autorizó uniones de hecho de personas del mismo sexo.<sup>561</sup> Para la Sra. Ladele esto era incompatible con su manera de concebir su fe cristiana. La Sra. Ladele fue autorizada a acordar con sus compañeros cambios de turno, lo que le permitiría no tener que celebrar uniones de hecho de personas homosexuales. Sin embargo, este acuerdo comenzó a crear dificultades entre los compañeros.<sup>562</sup> Cuando se abrió un procedimiento disciplinario contra ella, se dirigió al Tribunal de Empleo y alegó discriminación directa e indirecta.<sup>563</sup> Este Tribunal aceptó la discriminación tanto directa como indirecta, manteniendo que la autoridad local había dado mayor importancia a los derechos de homosexuales, lesbianas y bisexuales que a los derechos de los

<sup>559</sup> *Ibidem*, pars. 12-14.

<sup>560</sup> *Ibidem*, pars. 24-25.

<sup>561</sup> En el Reino Unido se trató de separar cuidadosamente, de manera que una cosa era el matrimonio entre personas de distinto sexo y otra distinta la fórmula que introdujo la *Civil Partnership Act* de 2004, sin perjuicio de que se reconocieran derechos similares a los de los cónyuges. Situación que cambió posteriormente, al abrirse el matrimonio también a las uniones homosexuales por medio de una Ley de 17 de julio de 2013, en vigor desde el 29 de marzo de 2014, y que se aplica en Inglaterra y Gales. El Parlamento escocés aprobaría una Ley similar el 4 de febrero de 2014, mientras que el de Irlanda del Norte se negaría a aceptar la fórmula. Pero quede claro que el debate en torno a este supuesto se refiere a la situación anterior, en la cual, estas uniones civiles se diferenciaban netamente del matrimonio.

<sup>562</sup> STEDH, *Eweida y otros contra El Reino Unido*, par. 26.

<sup>563</sup> *Ibidem*, par. 27.

cristianos ortodoxos<sup>564</sup>. Sin embargo, el Tribunal de Apelación de Empleo rechazó esta interpretación, manteniendo que la actuación del empleador había sido un medio proporcionado de conseguir el fin legítimo de proporcionar el servicio registral sin discriminación alguna.<sup>565</sup> *The Court of Appeal* mostró su acuerdo y rechazó el permiso de apelación frente al Tribunal Supremo.<sup>566</sup>

4) Caso McFarlane. El Sr. McFarlane estaba contratado como terapeuta especializado en relaciones personales, por una organización privada llamada *Relate*.<sup>567</sup> Sus creencias cristianas le impidieron aconsejar a parejas homosexuales sobre cuestiones sexuales, por consiguiente fue objeto de un procedimiento disciplinario, que llevó a su posterior despido<sup>568</sup>. El Tribunal de Empleo consideró que no había habido discriminación directa, puesto que no había sido despedido a causa de su fe, sino por no estar dispuesto a cumplir las directrices de su empleador.<sup>569</sup> Respecto a la discriminación indirecta, el Tribunal de Empleo consideró que si bien el código interno de la empresa situaba a personas como al Sr. McFarlane, por razón de sus creencias religiosas, en una posición de desventaja, esto podía ser justificado como un medio proporcionado de conseguir el fin legítimo de proporcionar terapia sin discriminación<sup>570</sup>. Se rechazaron posteriores apelaciones.<sup>571</sup>

---

<sup>564</sup> *Ibidem*, par. 28.

<sup>565</sup> *Ibidem*.

<sup>566</sup> *Ibidem*, par. 29.

<sup>567</sup> *Ibidem*, par. 32.

<sup>568</sup> *Ibidem*, pars. 35-37.

<sup>569</sup> *Ibidem*, par. 38.

<sup>570</sup> *Ibidem*.

<sup>571</sup> *Ibidem*, pars. 39 y 40.

#### IV.3. 2. La decisión de la Corte Europea

Se han acumulado cuatro asuntos diferentes, todos ellos manifiestan la tensión entre la libertad religiosa y el sistema laboral.<sup>572</sup> Dos de ellos afectan al sector público, los otros dos al sector privado y hay, por parejas, una gran similitud entre los asuntos, dos de los cuales se refieren a la pretensión de dos trabajadoras de completar el uniforme de trabajo con una cadena al cuello portando una cruz, mientras que los otros dos ofrecen testimonio de los reparos que por razones religiosas ofrecen sendas personas (una mujer y un hombre) teniendo que estar en contacto por razones de su trabajo con parejas homosexuales, neta situación de *pecado* según su religión, o cuando menos que les provoca rechazo, según objetan los interesados. Es fundamental, tal y como advierte Morondo Taramundi, conseguir establecer una diferencia, harto problemática, pero que la Corte no entra a considerar, entre la creencia consciente y meditada sobre la inmoralidad de la conducta homosexual contraria a la voluntad de Dios, y los prejuicios y actitudes intolerantes sobre la homosexualidad. Estos últimos podrían ser calificados de homófobos y constituir el objetivo legítimo de las normas antidiscriminatorias. Aceptando que la demanda encaja en el artículo 9, porque la actitud de Lillian Ladele o de Gary McFarlane se basa en sus creencias religiosas entorno al matrimonio o a las conductas sexuales aceptables, el Tribunal de Estrasburgo admite esa problemática distinción y la pretensión de los demandantes de que su posición

<sup>572</sup> Los cuatro casos habían atraído ya la atención pública durante su recorrido procesal en Inglaterra y venían siendo popularmente conocidos (y publicitados) como los *Christian persecution cases*. Sostenidos por la *Alliance Defence Freedom* y otras asociaciones cristianas de defensa jurídica, los casos constituyen “pleitos estratégicos” *strategic litigation*, un método mediante el cual organizaciones de la sociedad civil buscan transformaciones sociales (en el derecho, la práctica o la conciencia pública) llevando casos cuidadosamente elegidos ante los Tribunales. Los clientes de un pleito estratégico se consideran casos paradigmáticos de un fenómeno más amplio.

es digna de la protección del Convenio. Si fuera de otro modo, el Tribunal habría tenido que rechazar la demanda como inadmisibile por manifiestamente mal fundada o, admitirla pero rechazar la afectación del artículo 9 en virtud del artículo 17 CEDH (abuso de derecho).<sup>573</sup>

Podría esperarse quizá, reflexiona Palomino Lozano, que el Tribunal de Estrasburgo hubiera sido sensible, en todo o en parte, a las demandas presentadas en este asunto, rompiendo así su tendencia de escasa atención hacia los aspectos individuales de la libertad religiosa y de conciencia no estrictamente conectados con la práctica cultural.<sup>574</sup> No fue así: el TEDH concede lo menos y niega lo más. Es decir: entiende que la libertad religiosa de la Sra. Eweida se vio lesionada, mientras que en los otros tres casos no aprecia vulneración del CEDH.<sup>575</sup> De ahí que se haya calificado esta sentencia como una victoria marginal para la libertad religiosa.<sup>576</sup>

El Tribunal Europeo sentará antes que nada, como es habitual, los principios generales sobre libertad religiosa y sobre igualdad, deducidos de su jurisprudencia. A continuación procederá a aplicar dichas reglas a cada uno de los supuestos, pronunciando el correspondiente veredicto. Se pone al día, en efecto, el consolidado repertorio de principios referentes a la libertad religiosa. Nos recuerda Hill que, “como sucede con cualquier sentencia del TEDH, la

---

<sup>573</sup> MORONDO TARAMUNDI, D., “Abuso y aporías en el conflicto de derechos a no sufrir discriminación”, en *Cuadernos electrónicos de filosofía del Derecho*, nº 28, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Valencia, 2013, p. 181.

<sup>574</sup> Vid. MARTÍNEZ-TORRÓN, J., “The (Un)protection of Individual Religious Identity in the Strasbourg Case Law”, en *Oxford Journal of Law and Religion*, vol. 1, nº 2, 2012, pp. 363-385.

<sup>575</sup> PALOMINO LOZANO, R., “Comentario de Jurisprudencia. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4ª) de 15 enero de 2013, asunto *Eweida y otros contra Reino Unido*”, en *Revista de Derecho y Ciencia Política*, Universidad de Salamanca, 2013, p. 2.

<sup>576</sup> Vid. MCILROY, D. H., “A Marginal Victory for Freedom of Religion”, en *Oxford Journal of Law and Religion*, vol. 2, nº 1, 2013, pp. 210-216.

parte más significativa se encuentra en la expresión de la mayoría de los principios emergentes de la jurisprudencia acumulada de Estrasburgo, interpretando y aplicando los artículos relevantes de la Convención Europea de Derechos Humanos<sup>577</sup>.

Los principios están contenidos en los párrafos 79 y siguientes de la sentencia del Tribunal conforme a los cuales leemos lo que a continuación estudiaremos. Como establece el art. 9 del CEDH, la libertad de pensamiento, conciencia y religión es uno de los cimientos de una sociedad democrática.<sup>578</sup> A fin de ser protegidas por el art. 9, las opiniones deben tener un cierto nivel de seriedad, cohesión e importancia.<sup>579</sup> El deber de neutralidad del Estado es incompatible con ningún tipo de examen de la legitimidad de las creencias o de la manera en que éstas son expresadas.<sup>580</sup> Incluso cuando las creencias en cuestión obtienen el nivel requerido de seriedad e importancia, no se puede mantener que cada acto que de alguna manera es inspirado, motivado e influido por ellas, constituye una manifestación a fin del artículo nueve.<sup>581</sup> Para que se pueda considerar una manifestación a estos efectos, el acto en cuestión debe estar íntimamente ligado a la religión o creencia.<sup>582</sup> Un ejemplo sería un acto u oración o devoción que forma parte de una práctica reconocida generalmente, pero no está limitada a dichos actos. Debe haber un nexo lo suficientemente cercano y directo entre el acto y la creencia, y esto deberá ser

---

<sup>577</sup> HILL, M., “Simbología religiosa y objeción de conciencia en el lugar de trabajo: un examen de la sentencia de Estrasburgo en *Eweida y otros contra El Reino Unido*”, en *RGDCDEE*, nº 32, Iustel.com, 2013, p. 2.

<sup>578</sup> STEDH, *Eweida y otros contra El Reino Unido*, par. 79.

<sup>579</sup> *Ibidem*, par.81.

<sup>580</sup> *Ibidem*.

<sup>581</sup> *Ibidem*, par. 82.

<sup>582</sup> *Ibidem*.

comprobado en los hechos de cada caso.<sup>583</sup> La Corte se refirió a *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. Francia, Sahim y Begum* como sentencias que destacan que si una persona es capaz de evitar las limitaciones impuestas sobre las manifestaciones de su libertad religiosa, en tal caso no hay interferencia con la libertad religiosa individual y por consiguiente, no existe necesidad para el Estado de justificar las restricciones, ya que el artículo 9 no habría sido en absoluto afectado<sup>584</sup>.

Dada la importancia en una sociedad democrática de la libertad religiosa, el Tribunal considera que cuando un individuo se queje de una restricción de su libertad religiosa en su centro de trabajo, en lugar de determinar si existe una posibilidad de trabajar en otro lugar que no interfiera con su libertad religiosa, sería mejor plantearse si la restricción de los derechos fue proporcionada. “Un aspecto muy significativo de la sentencia del Tribunal es el abandono de un principio que estaba muy arraigado tanto en Estrasburgo como en la jurisprudencia británica,<sup>585</sup> según el cual si una persona puede tomar unas medidas para eludir una limitación que ha sido impuesta sobre él, como puede ser renunciar a un puesto de trabajo, entonces no hay interferencia con el derecho del artículo nueve”.<sup>586</sup>

---

<sup>583</sup> *Ibidem*.

<sup>584</sup> *Ibidem*, par. 82 y 83.

<sup>585</sup> Este principio, denominado convencionalmente como “La situación específica”, ha sido mantenido por el gobierno del Reino Unido. *Vid. Eweida y otros contra El Reino Unido*, en par. 59: “El hecho de que estos solicitantes fueran libres para renunciar a su trabajo y buscar empleo en otros lugares, o de practicar su religión fuera del lugar de trabajo, es suficiente para garantizar sus derechos del artículo 9 bajo el derecho doméstico.”

<sup>586</sup> HILL, M., “Simbología religiosa y objeción de conciencia...” *op. cit.* p. 8.



El Tribunal otorga a los Estados un amplio margen de apreciación para determinar si, y hasta qué punto, la interferencia es necesaria.<sup>587</sup> En efecto, para el caso de Nadia Eweida, “al medir la proporcionalidad de las medidas adoptadas por una empresa privada respecto de sus empleados, las autoridades nacionales, en particular de los tribunales, actuaron dentro de un margen de apreciación. Sin embargo, en este caso, el TEDH ha llegado a la conclusión de que no se alcanzó un justo equilibrio”.<sup>588</sup> En muchos casos el ejercicio sin límites del derecho a manifestar creencias de conformidad con el art. 9 interferiría con otros derechos reconocidos a otros ciudadanos, por ello el Tribunal otorga a las autoridades nacionales un amplio margen de apreciación cuando se trata de encontrar el equilibrio necesario entre derechos del Convenio en conflicto.<sup>589</sup> Por ello, en el caso Chaplin, el Tribunal declara que “las cuestiones de seguridad en los hospitales son de vital importancia y resulta innegable que los hospitales son autoridades en mejor posición que los tribunales para tomar este tipo de decisiones.”<sup>590</sup> La interferencia con los derechos del art. 9 de la Sra. Chaplin podía ser justificada.<sup>591</sup> Se justifica por la salud y seguridad de los pacientes. Al ponderar el equilibrio de la balanza entre los valores contrapuestos, el Tribunal entiende resueltamente que la finalidad de proteger salud y seguridad pesa más que la manifestación de la libertad religiosa. Lo que le lleva a la conclusión, considerando también el margen de disponibilidad de los Estados, de que el trato no fue desproporcionado y que la prohibición era necesaria en una sociedad democrática. De ahí que se concluya que no hubo violación del art. 9. En definitiva, que fue correcto

---

<sup>587</sup> STEDH, *Eweida y otros contra El Reino Unido*, par. 84.

<sup>588</sup> *Ibidem*, par. 94.

<sup>589</sup> *Ibidem*, par. 106.

<sup>590</sup> *Ibidem*, par. 99.

<sup>591</sup> *Ibidem*, par. 100.

imponer las reglas concretas de la disciplina en el trabajo, con el respeto al uniforme exigido. Además, los mismos factores son de aplicación cuando se examina la proporcionalidad de la medida en relación con el artículo catorce.<sup>592</sup> Finalmente, la pretensión de la Sra. Chaplin no prosperó ni basándose en tratamiento discriminatorio, según el art. 14, ni en relación con los derechos contenidos en el art. 9.

La sentencia *Eweida* se diferencia del caso *Chaplin* porque el objetivo de *British Airways* de emplear una plantilla con aspecto profesional no se consideró tan importante como el de mantener la necesaria seguridad en el hospital.<sup>593</sup> No había constancia de que la llevanza por otros empleados, a los que se había autorizado, de vestimentas religiosas, como turbantes o pañoletas islámicas, haya tenido impacto negativo en la marca o imagen de *British Airways*.<sup>594</sup> Testimonio ello de una diferencia, beneficiando a aquellas personas cuya religión consideraba obligatoria la llevanza de la prenda en cuestión. El hecho de que el empleador pudiese cambiar posteriormente su código de uniforme sugiere que tal restricción no era necesaria en un primer momento<sup>595</sup>. Por lo tanto, no hubo justificación para la interferencia con los derechos del art. 9. El Tribunal Europeo concluye que al no quedar claro que hubiera un efectivo cercenamiento de los *derechos de otros*, las autoridades del Estado no habrían protegido suficientemente el derecho de Ms. Eweida de manifestar su religión, quebrantando la obligación positiva de protección que deriva del art. 9. En suma, el Reino Unido queda condenado por este supuesto.

---

<sup>592</sup> *Ibidem*, par.101.

<sup>593</sup> *Ibidem*, par. 99.

<sup>594</sup> *Ibidem*, par. 94.

<sup>595</sup> *Ibidem*, par. 94.

Aunque nosotros entendemos que la sentencia del TEDH es muy acertada en este supuesto de Ms. Eweida nos parece interesante traer aquí la crítica que a la misma hace Martín-Retortillo, especialmente porque representa un ejemplo claro de la postura contraria a la protección *demasiado amplia* de las manifestaciones religiosas. Entiendo legítima, dice este autor, la protección de la libertad religiosa y sus manifestaciones, pero la regla no se puede llevar a los extremos: no todo debería ser tutelado en todas las circunstancias. La tan amplia afirmación protectora del Tribunal Europeo no se sabe adónde podría conducir en determinadas circunstancias, dada la amplitud de manifestaciones de la libertad religiosa y las tan diferentes peculiaridades de unas religiones y otras. Hay situaciones y manifestaciones en que es legítimo que aparezcan algunos límites, como el propio Tribunal Europeo ha manifestado en no pocas ocasiones, como se recordaba al comienzo. Hay espacios, situaciones o parajes en los que uno puede aspirar a encontrar el *ámbito protegido*: en silencio, sin música o sin ruido, o sin humo, sin movimientos bruscos, acaso sin circulación, etc., y bien podría ser el ingrediente, sin manifestaciones religiosas no buscadas. Cuando escribo estas líneas acabo de realizar un viaje en avión: he pensado que me parece muy razonable que las azafatas aparezcan con su uniforme, tan cuidadosamente pensado y tan elegante habitualmente, sin que tengan por qué llamar la atención haciendo sugerencias al margen, como las de tipo religioso. Está muy claro que ellas, como cualquier persona, tienen numerosas oportunidades para manifestar o propagar sus creencias, pero no creo que sea la ocasión más adecuada el lugar de trabajo.<sup>596</sup>

---

<sup>596</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “Libertad religiosa y exigencias laborales”, en *Revista de Administración Pública*, nº 195, Madrid, 2014, p. 190.

El Tribunal no diferenció entre el caso de Miss. Ladele y el caso de Mr. McFarlane. En este último, la demanda del consejero de relaciones de pareja fue rechazada porque él mismo se puso voluntariamente en una posición en la cual sería probable que tuviera que proporcionar consejo psico-sexual tanto a parejas heterosexuales como homosexuales<sup>597</sup>. Solicitar *a posteriori* un acomodo razonable no nos parece conforme al principio de buena fe. Además, no era posible, dada la organización de la empresa, filtrar los casos para que el recurrente no tuviera que tratar con personas homosexuales. Ciertamente que el cese constituye una sanción severa pero en la balanza de intereses contrapuestos, a la vista también del margen de apreciación de que disfruta el Estado, no se considera que haya habido irregularidad en la decisión. Por lo que en el presente supuesto, se estima que no ha habido violación del art. 9, tanto si se considera aislado como si se toma conjuntamente con el art. 14, es decir, se habría actuado correctamente.

Fue muy diferente para Miss Ladele. Un cambio inesperado y unilateral en una función clave de su trabajo la dejó ante una difícil opción: actuar contra sus convicciones religiosas (que el tribunal aceptó que eran de conciencia y sinceras) o dejar su trabajo. Hubo interferencia con los derechos del art. 9 pero se justificó como un medio proporcionado de conseguir el fin legítimo de promocionar la igualdad de oportunidades (uniones de hecho homosexuales). Se recuerda también que las parejas del mismo sexo tienen similares derechos a la protección de sus relaciones que las parejas de distinto sexo. Ciertamente que la recurrente había ingresado en el Ayuntamiento cuando todavía no existía la

---

<sup>597</sup> STEDH, *Eweida y otros contra El Reino Unido*, pars. 109 y 110.

regulación de las parejas civiles, pero a la hora de ponderar las circunstancias del caso e indagar si las actuaciones habían sido proporcionadas, el argumento de que los derechos de los demás están decididamente protegidos por el Convenio lleva al Tribunal a entender que el Estado actuó correctamente dentro del margen de apreciación que se le atribuye, por lo que no puede sostenerse que hubiera habido violación del art. 14 conjuntamente considerado con el art. 9.<sup>598</sup> Por nuestra parte nos parece que Ms. Ladele es la gran perdedora, que su situación era notablemente distinta a la de Mr. McFarlane y que bien podría haberse dado un acomodo razonable. Teniendo en cuenta la contundencia, la seriedad, la cohesión y la importancia de su objeción de conciencia (que, como se señaló anteriormente, también era una manifestación de sus profundas convicciones religiosas) correspondía a la autoridad local tratarla de manera diferente de los registradores que no tenían ninguna objeción a officiar uniones del mismo sexo, algo que claramente podría haberse logrado sin detrimento de los servicios generales proporcionados por la ciudad, incluyendo los servicios prestados por los registradores, como lo demuestra la experiencia de otras autoridades locales.<sup>599</sup> Hill diferencia a Ms. Ladele de Mr. McFarlane argumentando que “en las circunstancias de la Sra. Ladele había una mayor justificación para que se requiriese del empleador ajustes razonables, ya que cuando ella inició su contrato de trabajo, era totalmente capaz de cumplir las condiciones laborales impuestas por su empresario. Por el contrario era claro desde el inicio que a Mc Farlane se le pediría que

---

<sup>598</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “Libertad religiosa y exigencias laborales”, *op. cit.*, p. 192.

<sup>599</sup> PALOMINO LOZANO, R., “Comentario de Jurisprudencia. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4ª) de 15 enero de 2013, asunto *Eweida y otros contra Reino Unido*”, *op. cit.*, p. 3.

proporcionase terapia sin discriminación y esto siempre le iba a presentar problemas”<sup>600</sup>.

A través de esta sentencia del TEDH hemos visto cómo el principio de no discriminación por motivos de conciencia exige del empresario un principio de neutralidad o no confesionalidad que implica además que éste no puede imponer al trabajador sus propias creencias. Sin embargo, este comportamiento neutral no es exigible al trabajador. Éste puede ejercer su derecho de libertad de conciencia dentro de la empresa e incluso exigir al empresario que le sea reconocido y se le permita ejercerlo. Para ello se realiza lo que se viene llamando un *balance razonable*, éste consiste en averiguar si el empresario ha adoptado las medidas oportunas para que no se produzca una vulneración del derecho del trabajador. Todo dependerá de las circunstancias que concurren en cada situación concreta, ponderando hasta qué punto el comportamiento del trabajador a que le obligan sus convicciones resulta inocuo para los intereses de la empresa o, por el contrario, incompatibles con ellos. Es decir, nos movemos dentro de los parámetros de la obligación de acomodo razonable. Por esta razón nos referiremos por último a la alusión que en esta sentencia el TEDH hace a la regulación y protección de los derechos fundamentales en Estados Unidos de Norteamérica y Canadá,<sup>601</sup> recordando la importancia del concepto jurídico de acomodo razonable (*reasonable accommodation*). Ciertamente, uno de los elementos menos satisfactorios de la sentencia de la Sección 4ª del Tribunal de Estrasburgo ha sido la ausencia de discusión acerca de la aplicabilidad de dicho concepto, particularmente exitoso

---

<sup>600</sup> HILL, M., “Simbología religiosa y objeción de conciencia...” *op. cit.* p. 14.

<sup>601</sup> STEDH, *Eweida y otros contra El Reino Unido*, par. 48 y 49.

en los dos países mencionados anteriormente.<sup>602</sup> Una aproximación más sensible a estos supuestos por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos permitiría que el conflicto entre dos derechos fundamentales no se resolviera en un *todo o nada* que convierte el derecho fundamental de libertad religiosa y de conciencia en papel mojado.<sup>603</sup>

---

<sup>602</sup> Vid. MCILROY, D. H., “A Marginal Victory for Freedom of Religion”, *op. cit.*, pp. 213 y 214; PÉREZ-MADRID, F., “Objeción de conciencia y uniones civiles entre personas del mismo sexo: comentarios acerca del caso Ladele contra Reino Unido”, en *RGDCDEE*, n° 32, 2013, pp. 18 y 19.

<sup>603</sup> PALOMINO LOZANO, R., “Comentario de Jurisprudencia. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4ª) de 15 enero de 2013, asunto *Eweida y otros contra Reino Unido*”, *op. cit.*, p. 4.





## **El ejercicio del derecho a la libertad de conciencia del trabajador en la *empresa de tendencia***

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Ejercicio colectivo del derecho a la libertad de conciencia. III. La *organización de tendencia* como expresión del pluralismo. IV. Dos enfoques distintos: la *empresa de tendencia* y la *tarea de tendencia*. 1. Concepto de *empresa de tendencia*. 2. *Tarea de tendencia* v. *tarea neutra*. V. La cláusula de salvaguarda. VI. La *empresa de tendencia*: un supuesto especial de no discriminación. VII. Conflicto de derechos durante la vida de la relación laboral. 1. Introducción 2. Nacimiento de la relación laboral. 3. Desarrollo de la relación laboral. 3.1. Deber general de respeto. 3.2. Obligaciones específicas del *trabajador portador de tendencia*. 3.3. Obligaciones del *trabajador no portador de tendencia*. 4. Extinción de la relación laboral: despido. VIII. Cambio ideológico del empresario en la *empresa de tendencia*. 1. Cambio ideológico en la empresa de comunicación: la cláusula de conciencia del profesional de la información. 2. Posibilidad de autotutela en el ejercicio del derecho a cláusula de conciencia.

## **I. INTRODUCCIÓN**

Si en el capítulo anterior hemos tratado los conflictos que se suscitan entre el trabajador y la empresa ideológicamente neutral, como consecuencia del ejercicio del derecho a la libertad de conciencia por parte del trabajador; en el presente capítulo estudiaremos el supuesto, mucho más intrincado, que se plantea en el seno de las denominadas *empresas de tendencia* de naturaleza, religiosa, espiritual o filosófica. Esta mayor complejidad conflictual que las convicciones y creencias pueden originar en el ámbito de las *empresas de tendencia*, es puesta de relieve por Rossell Granados cuando manifiesta: “el trabajo ideológico constituye un campo especialmente abonado para que afloren de manera conflictiva las tensiones entre, por un lado, las organizaciones religiosas que en el ámbito de sus empresas imponen conductas y comportamientos personales; y de otro, el personal que presta servicio en dichas empresas y que adopta un modo de vida que es contrario a ese ideario”.<sup>604</sup>

Enfocaremos este conflicto de derechos al que venimos haciendo referencia, desde la perspectiva de colisión entre dos derechos fundamentales idénticos, pero de titularidad diversa, individual, en el caso del trabajador, y colectiva, en el caso de la empresa. Así lo identifica Rodríguez Piñero: “en el caso de las *empresas de tendencia* se plantea una colisión de dos derechos

---

<sup>604</sup> ROSSELL GRANADOS, J., *La no discriminación por motivos religiosos en España*, op. cit., p. 92.

fundamentales de igual jerarquía: a la libertad ideológica individual se opone la libertad ideológica colectiva o institucional”.<sup>605</sup> Efectivamente, dentro de la *empresa ideológica* o de *tendencia* colisionan dos derechos fundamentales: por un lado, el derecho del trabajador a la libertad de pensamiento, a sus ideas políticas y creencias y, por otro, la libertad de la empresa a difundir las ideas que constituyen su soporte o su finalidad. No hay que entender que el conflicto se produce entre la libertad individual a tener su propia ideología y la libertad de empresa recogida en el artículo 38 de la CE ya que, si fuese éste el caso, estaría clara la prevalencia del derecho fundamental del trabajador frente a la libertad de empresa debido a que ésta no se encuadra en el marco de los derechos fundamentales y libertades públicas y, por tanto, no gozan de la misma protección.<sup>606</sup>

Señalan algunos autores en la doctrina que el problema se centra en ponderar, valorar y determinar qué derecho debe sacrificarse o prevalecer cuando colisionan derechos fundamentales de igual tutela jurídica, si bien, y como punto de referencia inicial, ha de afirmarse que para que la ideología del trabajador sea relevante a efectos de la relación laboral debemos situarnos en un contexto en el que aquélla también sea relevante para el empresario tal como sucede en las empresa de naturaleza ideológica.<sup>607</sup> En nuestra opinión, sin embargo, aunque siempre se realizará una ponderación de derechos y circunstancias, no puede hablarse de prevalencia de derechos, sino de

---

<sup>605</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “No discriminación en las relaciones laborales”, en *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo IV, Edersa, Madrid, 1983, p. 379.

<sup>606</sup> DE VAL TENA, A. L., “Las empresas de tendencia ante el Derecho del Trabajo: libertad ideológica y contrato de trabajo”, en *Proyecto social: Revista de Relaciones Laborales*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1994, p. 190.

<sup>607</sup> REY GUANTER, S., “Contrato de trabajo y derechos fundamentales en la doctrina del Tribunal Constitucional”, en *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991. Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional*, M. R. Alarcón Caracuel (coord.), Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 69.

posibilidad de acomodo razonable de los mismos. La prevalencia de uno de los dos derechos fundamentales enfrentados no es la solución adecuada, siendo necesario acudir al caso concreto para observar el juego de los derechos fundamentales. En este sentido, la solución más conforme con el espíritu constitucional, que garantiza ambos derechos, sería graduar la mayor o menor limitación del derecho individual según la potencial afectación de la finalidad ideológica de la empresa que la prestación a realizar por el trabajador pueda generar.<sup>608</sup>

## **II. EJERCICIO COLECTIVO DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE CONCIENCIA**

Los derechos de libertad ideológica y religiosa tienen una dimensión individual y otra colectiva.<sup>609</sup> El artículo 16 de la CE garantiza la libertad religiosa de los individuos y de las comunidades, así lo ha entendido la doctrina eclesiasticista española<sup>610</sup> y también el TC,<sup>611</sup> al declarar en relación con los derechos fundamentales que “su plena efectividad (...) exige reconocer que la titularidad de los mismos no corresponde sólo a los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se insertan en grupos y organizaciones

---

<sup>608</sup> ÁLVAREZ ALCOLEA, M., “La discriminación por razones ideológicas o políticas” en *II Jornadas Luso-Hispano-Brasileñas del Derecho del Trabajo*, Madrid, 1985, pp. 682-683.

<sup>609</sup> Artículo 16. 1. CE: “Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.”

<sup>610</sup> En este sentido, *vid.*, entre otros VILADRICH, P. J., “Los principios informadores del Derecho Eclesiástico español”, en *Derecho Eclesiástico del Estado español*, 2ª ed., J. M. González del Valle *et al.*, EUNSA, Pamplona, 1983; GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M., “La regulación legal de la libertad religiosa como derecho de la persona”, en *Derecho Eclesiástico del Estado español*, 2ª ed., J. M. González del Valle *et al.*, EUNSA, Pamplona, 1983; BUENO SALINAS, S., “El ámbito del amparo del derecho de libertad religiosa y las asociaciones”, en *Ius Canonicum*, vol. 25, nº 49, 1985.

<sup>611</sup> STC 64/1988, de 12 de abril.

cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses y los valores que forman el sustrato último del derecho fundamental. Así, el artículo 16 garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto, no sólo a los individuos, sino también a las comunidades, y no debe encontrarse dificultad para ampliar esta misma idea en otros campos”.

El CEDH, en su art. 10, utiliza la expresión *toda persona* por lo que habría que preguntarse si es posible que las personas jurídicas (como las asociaciones, las fundaciones o las sociedades comerciales) sean titulares del derecho a la libertad religiosa. Lo interesante sería aceptar la interpretación que ya ha apuntado Porras Ramírez, entre otros, en cuanto a las confesiones religiosas: atribuirle a la expresión *persona* del artículo 10, en atención al carácter propio del derecho de libertad de pensamiento, conciencia y religión, un significado que abarque, tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas.<sup>612</sup> En opinión de Gutiérrez del Moral: “esto sería lo más lógico y, además, adecuado, pues de todos es conocida la importancia del derecho colectivo de libertad religiosa. El reconocimiento, respeto y protección del grupo religioso (iglesia, confesión...) garantiza la libertad del individuo para elegir en libertad si profesar o no una creencia religiosa, y poder participar en la correspondiente comunidad religiosa”.<sup>613</sup>

Ahora bien, siendo claro que existe una titularidad colectiva del derecho a la libertad de conciencia, todavía se plantea otra cuestión, si esta titularidad

---

<sup>612</sup> PORRAS RAMÍREZ, J. M., “La garantía de la libertad de pensamiento, conciencia y religión en el Tratado Constitucional Europeo”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 4, 2005, pp. 274 y 275.

<sup>613</sup> GUTIÉRREZ DEL MORAL, M. J., “¿Interculturalidad, multiculturalidad o simplemente pluralismo religioso?, *op. cit.*, p. 27.

colectiva de los grupos corresponde a éstos en cuanto tales o si sólo es consecuencia de la suma de los derechos individuales. Para Fernández-Coronado González, a nivel colectivo el derecho de libertad religiosa está reconocido a las comunidades o grupos, que son sujeto de este derecho en cuanto tales, no en virtud de la suma de los derechos individuales de los componentes concretos de los mismos”.<sup>614</sup> En sentido contrario se expresa Ibán Pérez: “En un Estado democrático los derechos lo son de los individuos y de los grupos por ellos formados, pero precisamente por eso, porque están formados por individuos”.<sup>615</sup> Por nuestra parte entendemos que no es acertado reconocer una titularidad colectiva del derecho aceptando que una comunidad en cuanto grupo tiene derechos propios, distintos de los derechos de los individuos que la componen particularmente; ello implicaría la aceptación de que la comunidad tiene derecho sobre los individuos que la integran. Partimos en todo caso de que estamos en presencia de un derecho fundamental y por lo tanto individual.

La jurisprudencia del TEDH, como hace ver Arlettaz, no ha reconocido la existencia de derechos colectivos en este sentido fuerte del que venimos hablando (sí la ha aceptado en una forma más débil al admitir demandas de asociaciones religiosas, reconociendo de un modo implícito una titularidad colectiva del derecho a través de una persona jurídica).<sup>616</sup> La Corte ha sostenido que la Convención no garantiza ningún derecho a la disidencia en el interior de los grupos religiosos. Esta afirmación por sí sola parecería llevar a la

---

<sup>614</sup> FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, A., “Voz libertad de conciencia”, en *Enciclopedia jurídica básica*, vol. III, Civitas, Madrid, 1994, p. 4022.

<sup>615</sup> IBÁN PÉREZ, I. C., “La libertad religiosa como derecho fundamental” en *Anuario de Derechos Humanos*, nº 3, 1984-85, p. 167.

<sup>616</sup> ARLETTAZ, F., *Religión, libertades y Estado*, op. cit., pp. 97 y 98.

existencia de derechos del colectivo sobre el individuo. En realidad, sucede lo contrario. Ya que en caso de disidencia, aunque el individuo no tiene derecho a que ésta sea reconocida en el interior del grupo, puede ejercer su libertad religiosa abandonando el grupo,<sup>617</sup> por lo que parece claro que la comunidad no tiene ninguna potestad colectiva sobre sus miembros, más allá de lo que éstos voluntariamente acepten. El Tribunal se mantiene así en su conocida perspectiva liberal sobre la libertad religiosa. Los grupos religiosos no están obligados a garantizar la libertad religiosa de sus miembros en contra del propio grupo. Sin embargo, los miembros del grupo son libres de abandonarlo cuando lo deseen. Esta forma de concebir la existencia del grupo religioso es coherente con la naturaleza asociativa que la jurisprudencia del Tribunal le otorga. La libertad religiosa de los miembros del grupo en contra del propio grupo es así verdaderamente limitada.<sup>618</sup> En cualquier caso, la concepción que el Tribunal tiene de estas asociaciones es netamente liberal, y sólo reconoce a las asociaciones religiosas las potestades que sus miembros consientan en otorgarles.

Por último recordaremos que, tal como explicamos en el primer capítulo de este trabajo, estamos siempre haciendo referencia a un sentido amplio del derecho a la libertad de conciencia, entendida como una libertad generadora de libertades e identificándola con una libertad de cosmovisión, tanto en su dimensión individual como colectiva. Por esta razón, tal como señala Souto Paz,

---

<sup>617</sup> STEDH, *Santo Sínodo de la Iglesia Ortodoxa Búlgara (Metropolitano Inocencio) y otros contra Bulgaria*, de 22 de enero de 2009, par. 137.

<sup>618</sup> Además del caso antes mencionado pueden verse los siguientes casos de la Comisión Europea de Derechos Humanos, Decisión *Knudsen contra Noruega*, de 8 de marzo de 1985; Decisión *Karlsson contra Suecia*, de 8 de septiembre de 1988.

dado que la fórmula utilizada en los textos internacionales: libertad de pensamiento, conciencia y religión, creencias y convicciones, se refiere a la libertad de cosmovisión, pero no sólo en el plano individual, sino también en el colectivo, los derechos reconocidos a las entidades religiosas deben extenderse también a las asociaciones filosóficas o éticas. La equiparación de las organizaciones confesionales y de las organizaciones ideológicas o filosóficas no existe en la ley de libertad religiosa, que excluye expresamente a algunas organizaciones ideológicas e indirectamente a todas, al exigir el requisito de fines religiosos para la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas.<sup>619</sup> Por ello, siguiendo esta misma línea argumental, creemos que deberían equipararse en una futura Ley Orgánica de Libertad de Conciencia las organizaciones religiosas con las filosóficas o éticas en cuanto al derecho de obtener un acomodo razonable por parte de sus seguidores o practicantes, como en cuanto a la obligación de acomodo que recaería sobre las mismas.

### **III. LA ORGANIZACIÓN DE *TENDENCIA* COMO EXPRESIÓN DEL PLURALISMO**

Las *organizaciones ideológicas* o de *tendencia* surgen y tienen sentido en una sociedad plural en la que se permite la existencia de cuerpos intermedios, situados entre el individuo y el Estado. Es así en nuestra Constitución que en su artículo 1.1. se pronuncia en los siguientes términos: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la

---

<sup>619</sup> SOUTO PAZ, J. A. y SOUTO GALVÁN, C., *El derecho de libertad de creencias*, op. cit., p. 104.



justicia, la igualdad y el pluralismo político". Al consagrar el pluralismo político como un valor superior del ordenamiento, está dando cobertura constitucional a todos los *grupos y asociaciones de tendencia*.<sup>620</sup>

De acuerdo con Llamazares Fernández "el pluralismo político debe entenderse como el marco más adecuado para la realización del derecho liberal de participación, no en el sentido estricto del artículo 6 CE, partidos políticos, sino en el más amplio sentido del inciso final del artículo 9.2. CE, "participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social". Hay que dejar claro, que el deber de los poderes públicos no es sólo respetar, proteger y garantizar ese pluralismo. Su obligación va más allá. También es su deber apoyar y fomentar ese pluralismo por dos razones, en cuanto columna vertebral del sistema democrático y en cuanto mejor marco posible para el libre desarrollo de la persona como radical libertad. Es una consecuencia inexorable del término *propugna* del artículo 1.1 CE, respetando siempre en el cumplimiento de ese deber las consecuencias derivadas del principio de igualdad en la libertad".<sup>621</sup> En definitiva, es el recurso al principio del pluralismo como valor superior de nuestro ordenamiento lo que nos permite hablar y admitir en España la existencia de estas *organizaciones de tendencia*, pues a través de aquel valor se está favoreciendo el desarrollo de determinadas formaciones sociales o grupos intermedios como instrumentos de

---

<sup>620</sup> DE VAL TENA, A. L., "Las empresas de tendencia ante el Derecho del Trabajo: libertad ideológica y contrato de trabajo", *op. cit.*, p. 184.

<sup>621</sup> LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia I, conciencia, tolerancia y laicidad*, Thomson Reuters, 4ª ed., Pamplona, 2011, p. 341.

actuación y defensa de las personas individuales que los integran y que de otro modo no se verían satisfechos.<sup>622</sup>

Dicha afirmación se refuerza si ponemos en conexión aquel principio con lo establecido en el art. 9.2 de la CE y, en este sentido, cabría preguntarse qué tipo de organizaciones merecerían el calificativo de *ideológicas* en nuestro Derecho. En todo caso lo definitivo para considerar a una organización como de *tendencia*, es el elemento ideológico, característica ésta que, pese a no existir declaración constitucional expresa, se observa en algunos grupos y organizaciones por el tratamiento jurídico que precisamente la Constitución les otorga. Todas estas referencias constitucionales constituyen la necesaria libertad de acción reconocida a grupos y a individuos que persiguen finalidades políticas, sindicales, religiosas, educativas, de comunicación de informaciones, pensamientos, ideas u opiniones, etc.<sup>623</sup> La CE explícitamente ampara las organizaciones que la doctrina alemana califica de *tendencia*, al haber constitucionalizado los partidos políticos (art. 6), los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales (art. 7), las confesiones religiosas (art. 16.1. y 3), la libertad de creación de centros docentes (art. 27.6.), el derecho a la libre comunicación de información por cualquier medio de difusión (art. 20.1.) y, en general, un amplio derecho de asociación (art. 22) y la libertad real y efectiva de los grupos consiguientes art. 9.2.<sup>624</sup>

<sup>622</sup> MORENO BOTELLA, G., *Libertad de conciencia del trabajador en empresas ideológicas confesionales*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2003, p. 198.

<sup>623</sup> DE VAL TENA, A. L., “Las empresas de tendencia ante el Derecho del Trabajo: libertad ideológica y contrato de trabajo”, *op. cit.*, p. 185.

<sup>624</sup> BLAT GIMENO, F. R., *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social., Madrid, 1986, p. 31; VIDAL GALLARDO, M., *Trabajo y Seguridad Social de los miembros de la Iglesia católica*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1996, p. 67.

El fundamento legal de este tipo de organizaciones está constituido en principio por el juego combinado de los artículos 1 y 9.2. de la CE y el propio artículo 38, preceptos a través de los cuales "se legitima la facultad de los grupos sociales privados de organizarse, de crear *empresas* para el desarrollo de su propia y específica ideología".<sup>625</sup> Desde esta perspectiva, las empresas que pueden recibir el calificativo de *ideológicas*, gozan de una plena libertad de pensamiento, merecedoras de la más amplia protección. La garantía que podría otorgarle el derecho a la libre empresa del artículo 38 de la Constitución, no se adapta bien a su naturaleza, ya que el ejercicio de la libre empresa se refiere a actividades de carácter económico y, por tanto, asume connotaciones de toda ausencia de ideología. Las empresas a que nos estamos refiriendo, por el contrario, tienen como rasgo más característico ser "creadoras o sustentadoras de una determinada ideología y en función de la misma existen".<sup>626</sup> En definitiva, podemos decir, siguiendo a Blat Gimeno, "que las empresas *ideológicas* materializan el sistema pluralista en que se vertebra la sociedad, es decir, encarnan el pluralismo".<sup>627</sup> Sólo podrá hablarse de *empresa de tendencia* cuando ésta aparezca hacia el exterior como defensora de una concreta opción ideológica. Esa tendencia debe ser concebida con independencia de la interpretación personal del empresario. La tutela del pluralismo político, ideológico y religioso no permite desconocer ese específico

---

<sup>625</sup> APARICIO TOVAR, J., "Relación de trabajo y libertad de pensamiento en las empresas ideológicas", en *Lecciones de Derecho del trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacón y Del Peso Calvo*, Universidad Complutense, Madrid, 1980, p. 274.

<sup>626</sup> OTADUY GUERÍN, J., "Las empresas ideológicas: aproximación al concepto y supuestos a los que se extiende", en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* II, Universidad Complutense, Madrid, 1986, p. 326.

<sup>627</sup> BLAT GIMENO, F. R., *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, Colección de Estudios, Serie Relaciones Laborales, Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 1986, p. 68.

interés, no puramente patrimonial, del empresario.<sup>628</sup> En definitiva, como expondremos a continuación, lo que va a denotar a una *empresa ideológica* es su proyección exterior, su concepción concreta del hombre y del mundo.

#### IV. DOS ENFOQUES DISTINTOS: LA *EMPRESA DE TENDENCIA* Y LA *TAREA DE TENDENCIA*

Uno de los principales problemas que plantean las *empresas de tendencia*, desde la perspectiva jurídico-laboral, es la confrontación o colisión entre los derechos fundamentales propios de la *organización de tendencia* y los inherentes a la persona del trabajador que pertenece a esa empresa puesto que tanto el trabajador como la *empresa de tendencia* pueden ejercer el derecho a mantener su propia libertad ideológica o de pensamiento.

Las *empresas ideológicas o de tendencia* son instituciones en cuyo ámbito la dicotomía socioeconómica entre empresario y trabajador se anula completamente en virtud de la presencia del elemento ideológico, que constituye la esencia de la institución. Sin embargo, como ya hemos dicho, *tendencia* no debe confundirse con interés de la empresa. Es preciso que traspasen el simple interés del empresario y se conviertan en portadoras de un interés colectivo, es decir, deben aparecer hacia el exterior como defensoras de una determinada opción ideológica concebida con independencia de la interpretación personal del empresario.<sup>629</sup> Es por ello, como expresa Rojas

---

<sup>628</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “Libertad ideológica, contrato de trabajo y objeción de conciencia”, *op. cit.*, p. 262.

<sup>629</sup> ROJAS RIVERO, G. P., *La libertad de expresión del trabajador*, Trotta, Madrid, 1991, pp. 188 y 189.

Rivero, que en las *empresas ideológicas* deberá hallarse un sistema de compensación entre los derechos del empresario y aquéllos del trabajador que pueden verse directamente afectados. Se trata de derechos de igual tutela constitucional: el derecho del trabajador a expresar sus propias creencias y el derecho de la empresa, trasunto colectivo de ese mismo derecho, a asegurar su buen funcionamiento para que sea eficaz la propuesta ideológica que a la sociedad ofrece la misma.<sup>630</sup>

En la doctrina española podemos distinguir a aquellos autores que, como pone de relieve Odriozola Igual, para abordar el conflicto entre los derechos fundamentales del trabajador y los de la empresa, han centrado su atención en esta última, como soporte de la libertad de pensamiento, denominándolas *empresas ideológicas o de tendencia*; y a aquellos otros autores que consideran más adecuado acercarse al problema desde el punto de vista de las *tareas ideológicas o de tendencia*, por considerar que no es trasladable a nuestro ordenamiento jurídico la noción de *empresa de tendencia*, por ello han propuesto aproximarse al problema, atendiendo a la naturaleza de la tarea del trabajador.<sup>631</sup> De esta manera, los límites que pueden imponerse al trabajador de estas empresas dependerán, para el primer enfoque, de que la empresa pueda calificarse o no de ideológica y, para el segundo, de que la tarea, aun dentro de una empresa calificada como de tendencia, pueda definirse como *tarea de tendencia*.

---

<sup>630</sup> *Ibidem*, p. 208.

<sup>631</sup> En este sentido, *Vid.* ODRIOZOLA IGUAL, C., “Relaciones de trabajo en el contexto de organizaciones ideológicas y religiosas: la Directiva 2000/78/CE de 27 de diciembre sobre empleo y trabajo”, en *RGDCDEE*, nº 6, Iustel.com, 2004.

#### IV. I. Concepto de *empresa de tendencia*

El ordenamiento positivo español carece de una definición expresa de *empresa de tendencia* y de un marco normativo claro y preciso en el que podamos situar la *empresa ideológica o de tendencia*. Y ello, unido a que la doctrina constitucional y la jurisprudencia sobre la materia es más bien escasa y referente a los centros docentes con ideario y a los hospitales dependientes de confesiones religiosas,<sup>632</sup> ha hecho que surjan voces que muestren su disconformidad con la implantación del concepto de *empresa de tendencia*, argumentando que no es posible distinguir donde la ley no lo ha hecho; o, dicho de otro modo, que, a falta de regulación específica, debería acudirse a la normativa general.<sup>633</sup> No obstante la doctrina científica mayoritaria, tanto la española como la del resto de países de la UE, ha ido aceptando la existencia y la denominación de *empresa de tendencia*, cuya terminología, como sabemos, es de origen alemán (*Tendenzbetriebe*).<sup>634</sup>

<sup>632</sup> SSTC 5/1981, de 13 de febrero (y voto particular del Magistrado Tomás y Valiente); 47/1985, de 27 de marzo; 77/1985, de 27 de junio y 106/1996 de 12 de junio.

<sup>633</sup> Por ejemplo, para APARICIO TOVAR, J., “Relación de trabajo y libertad de pensamiento en las empresas ideológicas”, *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacón y del Peso Calvo*, Universidad Complutense, Madrid, 1980, p. 290. Admitir la existencia de este tipo de empresas supondría, a su vez, admitir la existencia de empresas neutras, es decir, empresas no caracterizadas ideológicamente. Y eso, para este autor sería difícil de asumir, puesto que la estructura jerárquica y organizativa de cualquier empresa ya tiene de por sí una indudable carga ideológica. Así, afirma que “todos los aparatos jerárquicos y organizativos de la empresa, lejos de tener una patente neutralidad, son ya ideológicos, así como no hay que olvidar que el mismo contrato de trabajo juega un fundamental papel de mediación ideológica. De esa forma, difícilmente podríamos encontrar empresa alguna de la que estuviera ausente el componente ideológico”.

<sup>634</sup> La empresa de tendencia (*Tendenzbetriebe*) fue regulada, por primera vez, mediante una Ley de 1920 y posteriormente contemplada en el párrafo 81 de la Ley de asociaciones empresariales de 1952. En 1972 la Ley sufrió importantes modificaciones aunque no introdujo novedades en el tema de nuestro estudio.

En la mayoría de los países europeos, los *empleadores de tendencia* se caracterizan básicamente por la presencia acumulativa de tres rasgos fundamentales: el primero, por su carácter de manifestación del pluralismo político, sindical, religioso y, en sentido amplio, ideológico de toda sociedad; en segundo lugar, por su naturaleza de cauce o instrumento a través del cual se exteriorizan, ejercitan y manifiestan derechos fundamentales individuales y colectivos de protección constitucional, lo que en ocasiones convierte a algunas de ellas en el epicentro de sistemas normativos o auténticos ordenamientos autónomos o independientes del Estado; y en tercer lugar, y lo fundamental, porque las mismas sirven de soporte para una actividad dirigida directa y predominantemente a la difusión de un determinado sistema de valores, creencias e ideas.<sup>635</sup> De manera sintética y en palabras de Blasco Jover: “La expresión, promoción y defensa pública de una determinada línea de pensamiento se convierte, pues, en el elemento clave para discernir si se está en presencia de una empresa en el sentido técnico y usual del término o, si, por el contrario, se está ante una organización ideológica”.<sup>636</sup> Siguiendo esta línea general podemos dar una primera definición de *organización de tendencia* como aquellas organizaciones que tienen su base en el pluralismo político, social e ideológico de todo Estado democrático y que poseen la característica común de que, en el desarrollo de su actividad, ostenta un papel fundamental

---

<sup>635</sup> En este sentido, ver en general, entre otros autores, BLAT GIMENO, F., *Relaciones Laborales en empresas ideológicas*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1986; CALVO GALLEGÓ, F., *Contrato de trabajo y libertad ideológica. Derechos fundamentales y organizaciones de tendencia*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1995; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., “Libertad ideológica y prestación de servicios”, en *Relaciones Laborales*, vol. II, 1985.

<sup>636</sup> BLASCO JOVER, C., *El derecho a la cláusula de conciencia de los profesionales de la información*, Bomarzo, Albacete, 2009, p. 205.

la fidelidad a unos determinados principios ideológicos de los que son institucional y públicamente expresivas.<sup>637</sup>

Entrando más a fondo en la definición de *organización de tendencia*, en la doctrina hay autores que se decantan por un concepto estricto y otros que adoptan un concepto amplio de organización de tendencia.

En el primer sentido se considera que son *organizaciones ideológicas* “aquellas organizaciones institucionalmente expresivas de una ideología, como son los partidos políticos, los sindicatos, las confesiones religiosas y aquellas empresas que suministran bienes o servicios de componente casi exclusivamente ideológico”.<sup>638</sup>

Por lo que respecta al concepto amplio, el elemento caracterizador será que la organización sirva directa o indirectamente a la difusión del fin ideológico o concepción del mundo, inspirada en valores o ideales claramente reconocibles,<sup>639</sup> o, con otras palabras, “aquellas organizaciones cuyas actividades estén inspiradas por ciertos ideales o guiadas por la moral, ideas o

---

<sup>637</sup> LLAMAZARES CALZADILLA, M<sup>a</sup>. C., *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, Civitas, Madrid, 1999, p. 141.

<sup>638</sup> OTADUY GUERÍN, J., “Las empresas ideológicas: aproximación al concepto y supuestos a los que se extiende”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. II, Universidad Complutense, Madrid, 1986, pp. 317 y 318. Otaduy dice que se debe aplicar este concepto a “aquellas organizaciones institucionalmente expresivas de una ideología, es decir, en las que la ideología constituye y sostiene la organización; en las que la ideología es lo único esencial, puesto que en función de la misma existen”, *op. cit.*, p. 326.

<sup>639</sup> MORENO BOTELLA, G., “Ideario de un hospital católico y despido. A propósito de la Sentencia del TC 106/1996 de 12 de junio”, en *REDC*, n° 54, 1997, p. 292; *vid.* también de la misma autora *La libertad de conciencia del trabajador en las empresas ideológicas y confesionales*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2003; y *Organizaciones religiosas y deber de lealtad*, Editorial Académica Española, Saarbrücken (Alemania), 2012.



conceptos protegidos por la legislación nacional de cada país”.<sup>640</sup> Para Guerini sería preciso que la actividad se desarrolle en vista, no de una abstracta finalidad moral, sino de la difusión de una determinada ideología o concepción del mundo, inspirada en valores o ideales claramente reconocibles.<sup>641</sup> En cualquier caso, como puntualizan Fernández López y Calvo Gallego, “se requiere para que la difusión de su ideología sea creíble y, por tanto, eficaz, una cierta coherencia y unidad interna que implica un elevado grado de uniformidad en la exteriorización del mensaje”.<sup>642</sup>

De manera que, como sintetiza Rossell Granados, “En el primer caso, concepto estricto, sólo serían *empresas de tendencia* aquellas que tuviesen un objetivo sustancialmente religioso mientras que en el segundo, concepto amplio, también serían consideradas *de tendencia* aquellas empresas creadas por las confesiones y por lo tanto marcadas por su confesionalidad, pero cuyos fines fuesen diferentes de los estrictamente religiosos. Es el caso de las empresas dedicadas por ejemplo a labores asistenciales, hospitalarias, docentes, medios de comunicación, etc.”.<sup>643</sup> Como peculiar de estas empresas, Rodríguez Piñero destaca “la significación ideológica del producto de la actividad empresarial”.<sup>644</sup> Surge así la cuestión de determinar si toda asociación que pretenda finalidades culturales, educativas o asistenciales, artísticas, científicas o cualquier otra análoga en la que concurra una cierta “implicación ideológica” deba o no

<sup>640</sup> Vid., ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E., *Derecho del Trabajo*, 26ª ed., Civitas, Madrid, 2009, p. 212.

<sup>641</sup> GUERINI, U., “L’impresa di tendenza e le norme penali dello statuto dei lavoratori”, en *Revista Giuridica dei Lavoro e della Provvidenza Sociale* nº 3, Marzo, 1981, p. 158.

<sup>642</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. y CALVO GALLEGOS F. J., “La Directiva 78/2000/CE y la prohibición por razones ideológicas: una ampliación del marco material comunitario”, en *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº 59, 2001, p. 136.

<sup>643</sup> ROSSELL GRANADOS, J., *La no discriminación por motivos religiosos en España*, op. cit., p. 94.

<sup>644</sup> RODRIGUEZ-PIÑERO, M., “No discriminación en las relaciones laborales”, en *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 379.

calificarse como de tendencia. Sobre este aspecto no existe unanimidad por parte de la doctrina.

Moreno Botella puntualiza que no todas las empresas que persiguen tales fines educativos, asistenciales, culturales,... etc. pueden ser consideradas *a priori* como de tendencia, sino solamente aquellas donde sea evidente el dato ideológico; es decir, donde el fin principal e inmediato sea la comunicación a los terceros de una determinada concepción ideológica.<sup>645</sup> Algún autor ha negado directamente la caracterización como de *tendencia* de las empresas o instituciones gestionadas por partidos, sindicatos o confesiones religiosas, llegándose a decir: "En ningún caso pueden considerarse inmersas dentro de la categoría de empresas ideológicas aquellas otras que adoptando propia y verdaderamente la estructura de una empresa, ... , además de concurrir al mercado ofreciendo determinados bienes o servicios, pretenden perseguir los fines ideológicos que sustente el titular de la misma, es decir el empresario",<sup>646</sup> y afirman, que de lo contrario se llegaría al absurdo de considerar como ideológica a una empresa naviera que hubiese sido fundada por la Compañía de Jesús.<sup>647</sup> La misma autora citada más arriba advierte que estos autores llegan a esa conclusión, porque distinguen netamente entre la organización originaria, que es la que crea la ideología en sí, y las dependientes de aquellas, que aparecen ante sus ojos como verdaderas y propias empresas de producción. Pero olvidan el dato ideológico, fundamental para la caracterización de una empresa como *de tendencia*. Y es que muchas veces

---

<sup>645</sup> MORENO BOTELLA, G., *Libertad de conciencia del trabajador en empresas ideológicas confesionales*, op. cit., p. 122.

<sup>646</sup> APARICIO TOVAR, J., Relación de trabajo y libertad de pensamiento en las empresas ideológicas, op. cit. p. 294.

<sup>647</sup> *Ibidem*.

éste, está más presente en las empresas secundarias o derivadas, por llamarlas de alguna manera, que en las propias organizaciones originarias.<sup>648</sup>

Desde este trabajo aceptaremos como *organización de tendencia* no sólo a aquellas institucionalmente organizadas como de tendencia (confesiones religiosas...) sino también a aquellas empresas que institucionalizan determinados postulados ideológicos. Se trata de entidades donde la ideología se convierte en fundamento y razón de ser de toda la organización. Es un tipo de empresas cuyo objeto es un fin ideológico pero de su actividad se refleja la intención de obtener beneficio. De ahí que contengan, al contrario que en el sentido estricto, un carácter no institucionalizado, o lo que es lo mismo, un carácter marcadamente privado por el hecho de existir un ánimo de lucro (centro docente privado con ideario propio). Entendemos así acertadas las palabras de Guerini: “al hablar de *empresas ideológicas* es necesario que la ideología en que la empresa resulta inspirada constituya su principal fundamento y justifique su existencia, lo que no obsta para que pueda dedicarse al ejercicio de una actividad económica, siempre que la misma esté presidida por los principios ideales en que se sustenta la organización. Todo esto nos lleva a diferenciar por un lado, organizaciones institucionalmente expresivas de una ideología, y por otro lado, empresas que suministran bienes o servicios de componente ideológico”.<sup>649</sup> Esta diferenciación se ha reconocido sobre todo en la doctrina italiana, añadiendo que “los únicos *organismos de tendencia* que se pueden considerar existentes son aquellos institucionalmente expresivos de una ideología, los partidos políticos, los sindicatos y las

---

<sup>648</sup> MORENO BOTELLA, G., *Libertad de conciencia del trabajador en empresas ideológicas confesionales*, op. cit., p. 123.

<sup>649</sup> GUERINI, U., “L’impresa di tendenza e le norme penali dello statuto dei lavoratori”, op. cit., p. 158.

confesiones religiosas”. Este mismo autor considera que “los centros docentes privados, las asociaciones culturales y recreativas así como la empresa periodística y editorial, solamente pueden ser consideradas *empresas de tendencia* en tanto en cuanto estén directamente unidas a una actividad promocionada institucionalmente”.<sup>650</sup> En todo caso hay que tener presente que a efectos de este trabajo sólo nos detendremos en las *organizaciones de tendencia* de base religiosa, espiritual, filosófica o ética.

#### **IV. II. Tarea de *tendencia* v. tarea neutra**

Tal y como hemos apuntado al principio del epígrafe, para otra gran parte de los autores de la doctrina española, de cara a resolver el conflicto que respecto al libre ejercicio del derecho a la libertad de conciencia puede darse entre el trabajador y la *empresa de tendencia*, lo determinante será la distinción entre *tarea de tendencia* y *tarea neutra*. Así Fernández López: “en las empresas de esta naturaleza, en las que el componente ideológico es esencial, encontramos trabajadores que no realizan prestaciones relacionadas con la tendencia. Por esta razón, se impone la necesidad de cambiar de criterio y descender a la noción de *tareas de tendencia*”.<sup>651</sup>

El problema, por tanto, se traslada a la cuestión de si el respeto a la línea ideológica de la organización se ha de predicar para todos los empleados, o sólo para aquellos que realicen actividades o tareas íntimamente ligadas con

---

<sup>650</sup> *Ibidem*.

<sup>651</sup> FERNANDEZ LÓPEZ, M. F., “Libertad ideológica y prestación...”, *op. cit.*, p. 433.

la línea ideológica de aquella. En este sentido, las posiciones que se han bipolarizado en torno al tema de la identidad ideológica lo han hecho distinguiendo entre la de aquellos autores que sostienen que la identidad ideológica entre trabajador y empresa afecta a todos (desarrollen *tareas ideológicas o neutras*).<sup>652</sup> Y la de los que sostienen, como hace la STC de 12 de junio de 1996,<sup>653</sup> que la comunidad o identidad ideológica sólo es predicable o exigible a los trabajadores que desarrollen actividades íntimamente ligadas a la línea ideológica.<sup>654</sup>

En relación con los trabajadores que realizan *tareas de tendencia* la ideología afín a la empresa se constituye en elemento de la prestación, de tal forma que si la ideología del trabajador deja de ser afín, la prestación deja de ser la requerida y da lugar al incumplimiento.<sup>655</sup> Señala Rodríguez-Piñero, que aunque no pueda entenderse que nuestro ordenamiento establezca en vía general o de principio la prevalencia del interés organizado, si se alega y comprueba que se exige la comunidad ideológica como condición de empleo, excepcionalmente, puede exigirse una ideología determinada al trabajador. Respecto a estas *tareas de tendencia*, Fernández Márquez concluye que los derechos del trabajador, concretamente su libertad religiosa, queda reducida prácticamente a nada cuando se realizan *tareas de tendencia*, hasta el punto de quedar incluso afectada la esfera religiosa privada e íntima, las conductas

<sup>652</sup> APARICIO TOVAR, J., “Relación de trabajo y libertad de pensamiento...”, *op. cit.*, p. 305.

<sup>653</sup> *Vid.* STC 106/1996, de 12 de junio, FJ 4, apartado a).

<sup>654</sup> Esta tesis fue mantenida en un primer momento por OTADUY GUERÍN, J., *La extinción del contrato de trabajo por razones ideológicas en los centros privados docentes*, EUNSA, Pamplona, 1986, pp. 196-198, corregida después en su trabajo “Las cláusulas de salvaguarda de identidad de las instituciones religiosas”, en *Ius Canonicum*, vol. XXVII, nº 54, pp. 673 y ss.

<sup>655</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “No discriminación en las relaciones laborales”, en *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los trabajadores*, *op. cit.*, p. 380.

extralaborales del trabajador, es decir la dimensión negativa y privada de su libertad religiosa.<sup>656</sup>

Por el contrario, ante las *tareas neutras* no puede oponerse ninguna limitación al trabajador; a los trabajadores técnicos se les aplica el régimen general y no están sujetos a ninguna limitación en el ejercicio de su derecho a la libertad religiosa. En este caso, el trabajador, de la misma forma que si trabajase para una empresa ideológicamente neutral, tendrá el derecho a modular sus obligaciones por motivos religiosos.<sup>657</sup>

Para nosotros, en lo que se refiere a los empleados que realizan actividades conexas con la ideología de la organización, aquellos estarían obligados a identificarse o, al menos, a un total respeto a la ideología de la organización que les dio trabajo. En cuanto al segundo tipo de trabajadores, es decir, los que realizan actividades neutras no se les puede exigir la adhesión ideológica, aunque sí una actitud de respeto que no perjudique ni comprometa la identidad o imagen exterior de la organización. Por otro lado, también consideramos que en ocasiones es difícil hablar en este tipo de organizaciones de trabajos completamente neutros. Recordaremos las palabras de J. M. Martí: “...respecto a las actividades no es posible separar aquéllas que tienen carga ideológica de las denominadas neutras, esto sólo podría ser desarrollado por

---

<sup>656</sup> FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., “Libertad religiosa y trabajo asalariado: condiciones y criterios de articulación”, *op. cit.*, p. 102.

<sup>657</sup> VALDÉS DAL-RE, F., “Libertad religiosa y contrato de trabajo”, *op. cit.*, p. 572: “La desafección por el trabajador hacia el modelo de vida impuesto por su empleador no constituye ya, en sí misma considerada, una causa de deslealtad justificativa del despido; ha de ir acompañada de un trastorno grave en el funcionamiento de la institución”.

una máquina o autómeta.”<sup>658</sup> En este tipo de empresas hay que tener presente que dada la relevancia que determinadas cualidades de la persona del trabajador tiene en estas empresas ideológicamente caracterizadas, siendo fundamental y decisivo el elemento fiduciario o *intuitu personae*, el respeto a la ideología propia de la organización, forma parte de la relación jurídica laboral. Y es que, como señala Aparicio Tovar: "Los fines de estas organizaciones exigen que claramente sea reconocible el sello ideológico de las mismas, al mismo tiempo que están avocadas al proselitismo, ambos aspectos se dificultan si públicamente sus trabajadores aparecen sustentando posiciones ideológicas distintas a las mantenidas por la organización".<sup>659</sup>

En nuestra opinión, conforme a la hipótesis mantenida en el apartado anterior, las limitaciones que se derivarían de una cláusula de salvaguarda de identidad, válida en la relación laboral, serían independientes del carácter de la tarea, siempre que nos encontrásemos en el seno de una *empresa de tendencia o ideológica* y siempre que estemos hablando de limitaciones seguidas de una obligación de respeto. Traemos por ello a colación el voto particular emitido por el Magistrado del TC, García-Mon y González-Regueral, en la Sentencia 106/1996, de 12 de junio, en el que mantiene que, dado que los caracteres del empleador permiten considerar a la empresa como ideológica, y pese a que la actividad profesional del trabajador se puede calificar como neutra, “esto no significa que esté excluida del respeto a la ideología de la dirección de empresa en la que, conociendo su carácter

---

<sup>658</sup> MARTÍ, J. M., “El carácter propio de las entidades religiosas a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 106/1996”, en *Ius Canonicum*, vol. XXXVII, nº 74, 1997, p.720.

<sup>659</sup> APARICIO TOVAR, J., “Relación de trabajo y libertad de pensamiento en las empresas ideológicas”, *op. cit.*, p. 305.

religioso, se ha integrado voluntariamente para la prestación de sus servicios”. Si bien, en todo caso, esta constricción de los derechos del trabajador no puede entenderse como ilimitada y así, Moreno Botella precisa “A los trabajadores no cualificados, en principio, no se les puede exigir la adhesión ideológica, aunque dicha exigencia puede estar justificada si el trabajador, con su conducta o actividad, puede comprometer la identidad o la imagen exterior de la organización”.<sup>660</sup>

Siendo un acierto fijarse predominantemente en la tarea encomendada al trabajador, no es tan seguro que, por ser el trabajo técnico, no venga mediatizado o condicionado por el contexto ideológico de la empresa en que se desarrolla.<sup>661</sup> Algún autor ha puesto de manifiesto que la imagen de la empresa puede ser cuestionada por quienes, en puestos subalternos, tienen una relación intensa con el público.<sup>662</sup> En todo caso, sea para un tipo de trabajadores, sea para otro, es el respeto o neutralidad, *no atacar* el ideario del centro<sup>663</sup> lo que se exige.<sup>664</sup>

<sup>660</sup> MORENO BOTELLA, G., “Ideario de un hospital católico y despido. A propósito de la Sentencia del TC 106/1996 de 12 de junio”, *op. cit.*, p. 289.

<sup>661</sup> Aparicio Tovar considera, en un primer momento, que en la empresa ideológica no hay espacio posible para los llamados trabajos neutros (*Relación de trabajo ...*, p. 305), opinión revisada en: “Empresas ideológicas y derechos fundamentales del trabajador”, en *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta, Madrid, 1992, pp. 88-91.

<sup>662</sup> Cfr. MORENO BOTELLA, G., “El carácter propio de las entidades religiosas y sus consecuencias en el Derecho laboral español”, en *REDC*, nº 44, 1987, pp. 541-547. “Pueden calificarse como tareas de tendencia, en principio aquellas que desempeñan los altos cargos de la empresa, los trabajadores cualificados, quienes ostentan una cierta representación de la entidad o deben mantener una relación intensa con el público que, presumiblemente, se encontrarán en situación de comprometer mediante su trabajo el fin institucional.” OTADUY GUERÍN, J., “La cláusula de salvaguarda de la identidad de las instituciones religiosas. Doctrina y jurisprudencia”, en *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del profesor P. Lombardía*, Edersa, Madrid, 1989, pp. 379 y 380, y ello sea por extralimitación en las propias competencias o por estarle directamente asignadas al trabajador. “Lo que sucede es que, fuera de las tareas ideológicas, las exigencias de comportamiento prestacional del trabajador no se resuelven 'preventivamente', sino mediante los cánones habituales que configuran el adecuado cumplimiento contractual y, en especial, las exigencias de la buena fe” (FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. *Libertad ideológica ...*, *op. cit.*, p. 439).

<sup>663</sup> STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 9.



## V. LA CLÁUSULA DE SALVAGUARDA

Tal y como el Tribunal Constitucional ha manifestado “la inscripción de una entidad religiosa en el Registro... confiere a la entidad un determinado status, que ante todo se manifiesta en la plena autonomía que le atribuye el artículo 6.1. de la LOLR”. Además, “el específico status de entidad religiosa que confiere la inscripción en el Registro no se limita al ámbito interno, a través del reconocimiento de una capacidad de autoorganización del sujeto colectivo, sino que se presenta también en una vertiente externa, en el sentido de que las concretas manifestaciones que, en el ejercicio del derecho fundamental, realicen los miembros del grupo o comunidad inscrita, se vean facilitadas, de tal manera que se permita el ejercicio de la libertad religiosa con inmunidad de coacción, sin trabas ni perturbaciones de ninguna clase”.<sup>665</sup>

La autonomía implica la facultad de autoorganizarse en la triple vertiente autonormativa (estatutos), de autogobierno, (designación de sus órganos directivos) y de autarquía (autogestión y administración). Precisamente en las normas que regulan la autoorganización se podrá incluir la cláusula de salvaguarda de la identidad religiosa y del carácter propio de la entidad, de tal forma que esta identidad tendrá una influencia difusora sobre la organización,

<sup>664</sup> “Igual que se decía a propósito del ideario del centro y la libertad de cátedra, se ha de respetar el derecho de la confesión o sus instituciones a la identidad o carácter propio, pero no su contenido material imponiendo la obligatoriedad de asumirlo” (BLAT GIMENO, F. R., *Relaciones laborales...*, op. cit., p. 243); ROJAS RIVERO, G. P., *La libertad de expresión del trabajador*, op. cit., p. 213, habla, para los trabajadores al servicio de empresas ideológicas que realicen tareas neutras, de conducta profesional informada por el deber de discreción, de consideración y reserva.

<sup>665</sup> STC 46/2001, de 15 de Febrero, FJ 7.

el régimen interno y el régimen de personal.<sup>666</sup> La cláusula de salvaguarda, dirigida a proteger la identidad religiosa y el carácter propio de las iglesias, confesiones y de las instituciones por ellas creadas, se recoge en el artículo 6 de la LOLR.<sup>667</sup> Dada esta finalidad de protección de la identidad, Ibán refiere las cláusulas de salvaguarda de una confesión a “lo más esencial a la misma, lo que la individualiza con respecto a otras confesiones, lo que, en definitiva, la identifica, actuando como una especie de copyright a propósito de la propia denominación y, si acaso, de la de los órganos estructurales de la confesión”.<sup>668</sup> Sobre estas consideraciones, podemos intentar una definición de las cláusulas de identidad como, “el conjunto de normas o preceptos, que siendo reflejo de una determinada valoración o concepción del mundo y compartidas por los que forman parte de una organización de ese tipo (ideológico), sirven como mecanismo de autodefensa del propio grupo frente a concepciones ajenas al grupo y en abierta oposición a las suyas propias”.<sup>669</sup>

La finalidad de protección de la identidad religiosa que cumple la cláusula de salvaguarda es reconocida de forma generalizada por la doctrina, así lo afirma Odriozola Igual: “Es aceptado comúnmente por la doctrina que la posibilidad de establecer cláusulas de salvaguarda tiene como consecuencia la

<sup>666</sup> SOUTO PAZ, J. A. y SOUTO GALVÁN, C., *El derecho de libertad de creencias*, op. cit., p. 254.

<sup>667</sup> Artículo 6 de la LOLR: Uno. Las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas tendrán plena autonomía y podrán establecer sus propias normas de organización, régimen interno y régimen de su personal. En dichas normas, así como en las que regulen las instituciones creadas por aquéllas para la realización de sus fines, podrán incluir cláusulas de salvaguarda de su identidad religiosa y carácter propio, así como del debido respeto a sus creencias, sin perjuicio del respeto de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución, y en especial de los de libertad, igualdad y no discriminación.

Dos. Las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas podrán crear y fomentar, para la realización de sus fines, Asociaciones, Fundaciones e Instituciones con arreglo a las disposiciones del ordenamiento jurídico general.

<sup>668</sup> IBÁN I. C., PRIETO SANCHÍS, L. y MOTILLA, A., *Curso de Derecho eclesiástico*, Universidad Complutense, Madrid, 1991, p. 267.

<sup>669</sup> MORENO BOTELLA, G., *Libertad de conciencia del trabajador en empresas ideológicas confesionales*, op. cit., p. 249.

posibilidad de excepcionar el derecho común en materia laboral, es decir, el régimen jurídico general aplicable a los trabajadores, y aplicar como derecho especial las propias normas contractuales cuando se persiga como finalidad la protección de la identidad religiosa de la confesión”.<sup>670</sup> En el mismo sentido, Moreno Botella apunta: “El fundamento y la función de la cláusula de salvaguarda de la propia identidad es la defensa de la doctrina y de los principios de la propia confesión frente a injerencias extrañas, frente a todo ataque provenga de donde provenga que pueda poner en cuestión su ser y su razón de existir”.<sup>671</sup> Como señala Souto Paz, la cláusula de salvaguarda no incidirá únicamente en las relaciones laborales, sino también en la relación *erga omnes*, en la prestación de servicios que ofrezca y en la organización y funcionamiento, es decir, en el régimen interno. El ámbito de la cláusula se extenderá, por tanto, a las relaciones de la asociación con otras entidades, a las relaciones con los socios o afiliados, a las relaciones con los trabajadores, y también a las relaciones con los usuarios, si la entidad tiene como finalidad la prestación de servicios o bienes.<sup>672</sup> Cubillas Recio incide en esta eficacia *erga omnes* de las cláusulas de salvaguarda precisando que han de interpretarse restrictivamente, y por ello sólo se aplican en el caso de que se trate de la identidad, carácter propio y creencias de la confesión. Se apunta en el fondo, como criterio, el que se vean de alguna forma afectados los fines religiosos de la entidad, lo que sucederá cuando se trate de los elementos que se hayan

---

<sup>670</sup> ODRIOZOLA IGUAL, C., “Relaciones de trabajo en el contexto de organizaciones ideológicas y religiosas: la Directiva 2000/78/CE de 27 de noviembre sobre empleo y trabajo”, en *RGDCDEE*, nº 6, Iustel.com, 2004, p.8.

<sup>671</sup> MORENO BOTELLA, G., “El carácter propio de las entidades religiosas y sus consecuencias en el derecho laboral español”, en *REDC*, nº 44, 1987 p. 529.

<sup>672</sup> SOUTO PAZ, J. A. y SOUTO GALVÁN, C., *El derecho de libertad de creencias*, op. cit., p. 254.

incorporado a las normas de organización, régimen interno y régimen de su personal, y que tengan por objeto la consecución de dichos fines.<sup>673</sup>

La doctrina también coincide al afirmar que el ámbito de aplicación de la cláusula de salvaguarda se refiere a las confesiones religiosas, sin embargo, existe debate en cuanto a si dichas cláusulas son aplicables a las instituciones creadas por las confesiones y que operan como empresas en el mercado. Algunos autores consideran que sólo pueden aplicarse a las instituciones con fines estrictamente religiosos, concretamente, Llamazares Fernández: “La finalidad de estas cláusulas no es otra que la de preservar su identidad religiosa y carácter propio en cuanto tales, así como el debido respeto a sus creencias, se entiende religiosas; de manera que sólo son aplicables a las instituciones creadas por ellas para la realización de sus fines, es decir, de sus fines propios como Confesiones inscritas, que no son otros que los religiosos”.<sup>674</sup> Por lo tanto, para este autor, no se puede aplicar la cláusula de salvaguarda a aquellas actividades de las confesiones, cuyos fines no sean, claramente, fines religiosos, por ejemplo a la relación laboral de los profesores con los centros educativos privados dotados de ideario. La misma interpretación es la mantenida por Cubillas Recio, puesto que considera que las normas que pueden incluir cláusulas de salvaguarda son las que regulen las instituciones creadas por las confesiones para la realización de sus fines. Quiere esto decir, que la potestad de incluir esas cláusulas sólo compete a las confesiones, y no a las propias instituciones creadas; y además sólo se puede

---

<sup>673</sup> CUBILLAS RECIO, L. M., “La facultad normativa de las confesiones de establecer cláusulas de salvaguarda de su identidad en el ordenamiento español”, en *Laicidad y libertades: escritos jurídicos*, nº 0, 2000, p. 254.

<sup>674</sup> LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia II. Libertad de conciencia, identidad personal y derecho de asociación*, Civitas, Madrid, 1999, p. 442.

hacer la inclusión en el acto de creación, en el acto de regulación de las instituciones, para, precisamente, darles una identidad religiosa y un carácter propio.<sup>675</sup> En definitiva, para el criterio de este autor, nunca podrían aplicarse cláusulas de salvaguarda respecto de actividades empresariales, actividades benéficas o asistenciales ni, incluso, de actividades instrumentales respecto de las propiamente religiosas.<sup>676</sup>

En cambio, Otaduy Guerín considera que es necesario que la garantía de la salvaguarda de la identidad no se restrinja a las entidades religiosas, sino que se extienda a todas aquellas organizaciones que tengan un fundamento ideológico, que la doctrina califica como empresas ideológicas,<sup>677</sup> lo que haría posible la aplicación de estas cláusulas en los centros docentes privados con ideario religioso. Por otro lado, Blat Gimeno entiende que corresponde su establecimiento a las Iglesias, Confesiones, comunidades religiosas inscritas, e incluso a las instituciones que éstas creen para la consecución de determinados fines, siempre que estén inscritas debidamente en el Registro de entidades religiosas.<sup>678</sup> Y ello porque, evidentemente, para que tales cláusulas sean operativas frente a terceros hay que darles algún tipo de publicidad.

Moreno Botella cree que sería apropiado conceder al fin religioso un sentido amplio, en el que también tenga cabida un fin que no sea rigurosamente religioso, como serían por ejemplo, los fines caritativos, de atención y orientación, de cuidado, alojamiento, hospitalarios, asistenciales o

---

<sup>675</sup> CUBILLAS RECIO, L. M., “La facultad normativa de las confesiones de establecer cláusulas de salvaguarda de su identidad en el ordenamiento español”, *op. cit.*, p. 238.

<sup>676</sup> *Ibidem*, pp. 241y 242.

<sup>677</sup> OTADUY GUERIN, J., “La cláusula de salvaguarda...”, *op. cit.*, p. 365.

<sup>678</sup> BLAT GIMENO, F. R., *Relaciones laborales...*, *op. cit.* p. 241.

educativos; e incluso cuando se añada a ellos un fin de lucro. Y así, mantiene: “el fin religioso ha de entenderse no en sentido restrictivo reducido a lo puramente cultural o espiritual, sino en sentido amplio, considerando como tales a todas las actividades que no siendo culturales, o al menos no únicamente, sin embargo están estrechamente vinculadas al fin de la iglesia y sirven para su consecución en la realidad temporal”.<sup>679</sup>

Nosotros consideramos apropiada la postura expuesta por Motilla De la Calle cuando hace entrar en juego la válvula de seguridad que constituye la *cláusula de salvaguarda*: “En todo caso, reflexiona este autor, aquellas entidades menores que, si bien en el cumplimiento de un fin religioso último, se dediquen a otro tipo de actividades (docentes, asistenciales, benéficas, etc.) y como tales se sometan a los respectivos regímenes que sobre éstas contemple nuestro ordenamiento, debe serles garantizada la finalidad religiosa última a través del reconocimiento, al igual que para las entidades inscritas en el RER, de *cláusulas de salvaguarda de su identidad y carácter propio*. En consecuencia, la mención que de ellas hace el art. 6.1. de la LOLR limitándolas a las confesiones inscritas ha de reformarse extendiéndolo a toda entidad, mayor o menor, con finalidad religiosa, por ser una manifestación del derecho fundamental de libertad religiosa en su ámbito colectivo”.<sup>680</sup> Si bien, como advierte este mismo autor, no parece que se puedan inscribir en el Registro de Entidades Religiosas puesto que el principio de tipicidad de los Registros

---

<sup>679</sup> MORENO BOTELLA, G., “Ideario de un hospital católico y despido. A propósito de la Sentencia del TC 106/1996 de 12 de junio”, en *REDC*, n° 54, 1997, p. 292.

<sup>680</sup> MOTILLA DE LA CALLE, A., “Concepto y régimen jurídico de las entidades religiosas”, en *La libertad religiosa a los veinte años de su Ley orgánica*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1999, p. 44.

públicos de asociaciones especiales hace que sólo sean inscribibles en su seno aquéllas que acrediten esa naturaleza especial.<sup>681</sup>

Otro punto doctrinalmente polémico es el ámbito subjetivo de aplicación de la cláusula de salvaguarda. Para un sector doctrinal, la cláusula de salvaguarda tiene como objeto las relaciones sometidas al derecho estatal, pero sólo de personas que son miembros de la confesión.<sup>682</sup> Para otros autores, la cláusula se aplica a aquellos trabajadores contratados conforme a las normas del ordenamiento estatal, pero únicamente, a aquellos que tengan encomendadas *tareas de tendencia*, con algunas salvedades.<sup>683</sup> En nuestra opinión, la cláusula de salvaguarda tiene eficacia *erga omnes* y por tanto, debería aplicarse a todo el personal laboral, (no a los ministros de culto o religiosos, sometidos ya a su propio derecho estatutario) sea o no miembro de la confesión e independientemente de que desarrolle una tarea de tendencia o neutra. Esta es la postura mantenida por Odriozola Igual al observar que “la cláusula de salvaguarda puede aplicarse a todas aquellas personas que tengan una relación laboral sometida al Estatuto de los Trabajadores con la confesión, sean o no miembros de la misma, y realicen o no tareas ideológicas, ya que su finalidad es que no se ataquen las creencias y el carácter propio de la confesión, pudiendo en principio este ataque provenir de cualquier trabajador, sea o no miembro de la confesión y realice o no tareas de tendencia. Sobre esta base considero que la cláusula de salvaguarda es una facultad que tiene la confesión cuando contrata a un trabajador conforme al derecho estatal y

---

<sup>681</sup> *Ibidem*.

<sup>682</sup> LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia II. Libertad de conciencia, identidad personal y derecho de asociación*, op. cit., pp. 441-443.

<sup>683</sup> OTADUY GUERÍN, J., “La cláusula de salvaguarda de la identidad de las instituciones religiosas. Doctrina y jurisprudencia”, op. cit., pp. 379 y 380.

supone la posibilidad de no aplicar algunas normas de la legislación laboral a la cual se somete el contrato entre la confesión y la persona que presta sus servicios en ella”.<sup>684</sup>

Conforme a esta última interpretación, la citada cláusula implica que existe una excepción a la aplicación del Derecho del Trabajo general, en aras de garantizar la protección de la identidad religiosa del empleador y cuya suscripción deberá ser realizada por el trabajador al inicio de la prestación de servicios; de manera que estas *empresas de tendencia* podrían poner límites al trabajador en el ejercicio de sus derechos de ciudadanía, produciéndose por lo tanto una colisión de derechos. Su eficacia en el ámbito del ordenamiento estatal va a depender de que estén explicitadas en el contrato laboral correspondiente, si es que existe, o si consta su aceptación explícita o implícita por el trabajador o, en última instancia, de que el Juez estatal, constatada la existencia en el ordenamiento interno de la confesión, entienda que no violan ninguno de los límites legales establecidos y que están justificadas, son proporcionadas e idóneas, como cautelas para preservar y defender la identidad religiosa de la confesión.<sup>685</sup>

Lo que se cuestiona es, si en el seno de estas organizaciones, es lícito y válido incluir en los contratos que se realicen con los trabajadores, ciertas cláusulas que de alguna manera limitan algunos derechos de aquellos.

---

<sup>684</sup> ODRIÓZOLA IGUAL, C., “Relaciones de trabajo en el contexto de organizaciones ideológicas y religiosas: la Directiva 2000/78/CE de 27 de diciembre sobre empleo y trabajo”, *op. cit.*, p. 11.

<sup>685</sup> LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de libertad de conciencia II...*, *op. cit.* p. 567.



El establecimiento de cláusulas o condiciones se admite en el art. 3.1. del ET siempre que no se establezcan en perjuicio del trabajador, condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales, y, en el art. 49.2. que habla de la extinción del contrato de trabajo por las causas válidamente consignadas, salvo que las mismas constituyan abuso de derecho por parte del empresario. Resulta, por tanto, que la inclusión de tales cláusulas es absolutamente legítima, pero siempre que exista una perfecta correspondencia entre aquellas y la efectiva realización de la prestación de tendencia de que se trate.<sup>686</sup> De esta opinión es Álvarez Alcolea cuando dice: "es evidente que el contrato de trabajo puede incluir cláusulas que exijan la comunidad ideológica con la organización, siempre que dichas cláusulas responden a una necesidad objetiva de los fines de la organización".<sup>687</sup> Si bien, respecto a los trabajadores con tareas neutras no se trata de hacer valer la cláusula de identidad en el sentido de pedir adhesión a la misma, sino en el de pedir respeto a esa identidad.

Ahora bien, en todo caso y como advierte Valdés Dal-Ré, "el desarrollo, expresión y desenvolvimiento de la propia *empresa de tendencia* se vertebra a través de la colaboración indispensable de las personas (...) la solución a este conflicto no puede pasar por el íntegro sacrificio de uno de los intereses en juego, sino por la búsqueda de un compromiso entre ambos ponderado".<sup>688</sup> Intentaremos hallar en este trabajo una solución ponderada para los conflictos

<sup>686</sup> MORENO BOTELLA, G., *Libertad de conciencia del trabajador en empresas ideológicas confesionales*, op. cit., p. 241.

<sup>687</sup> ÁLVAREZ ALCOLEA, M., "La discriminación por razones ideológicas o políticas", en *II Jornadas Luso-Hispano-Brasileñas de Derecho del Trabajo*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo, Madrid, 1985, p. 10.

<sup>688</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F., "Libertad religiosa y contrato de trabajo", op. cit. p. 574.

que se planteen a lo largo de la vida de la relación laboral dentro de una *empresa de tendencia*.

## **VI. LA EMPRESA DE TENDENCIA: UN SUPUESTO ESPECIAL DE NO DISCRIMINACIÓN**

En las siguientes líneas expondremos cómo la posible limitación de los derechos del trabajador en el ámbito de las empresas de tendencia no implica una vulneración del principio de igualdad y no discriminación.

El artículo 14 de la CE recoge el principio de igualdad y de no discriminación de todos ante la ley. Al aplicar la igualdad, como principio, sobre la libertad religiosa, el TC ha afirmado que “no es posible establecer ningún tipo de discriminación o de trato jurídico diverso de los ciudadanos en función de sus ideologías o sus creencias y que debe existir un igual disfrute de la libertad religiosa por todos los ciudadanos, lo que implica que las actitudes religiosas de los sujetos de derecho no pueden justificar diferencias de trato jurídico”<sup>689</sup>. Sin embargo, no se debe olvidar que la igualdad no implica uniformidad, de suerte que el TC ha tenido ocasión de aclarar que “la igualdad sólo es violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad pretendida”.<sup>690</sup>

---

<sup>689</sup> STC 24/1982, de 13 de mayo, FJ 1.

<sup>690</sup> STC 22/1981, de 2 de junio, FJ 3.

El artículo 14 CE se concreta, en relación con el ámbito laboral, en el artículo 4.2.c) del ET: “En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho: c) A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español. Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate.”

Se puede cuestionar si es compatible el artículo 4.2.c) del ET (la prohibición de discriminación) con las *empresas de tendencia*. Entendemos que, tal como señalan algunos autores, no es aplicable a las empresas ideológicas la prohibición de discriminación; como defiende Otaduy Guerín, en las *empresas ideológicas*, en las que el fin institucional es la defensa y promoción de ideas, es posible exigir al trabajador una actitud congruente con la visión del mundo que detenta la empresa y, en ese caso, no se violaría la prohibición de discriminación recogida en el artículo 4.2.c) del ET.<sup>691</sup>

En apoyo de la misma idea se puede citar el artículo 1.2. del Convenio 111 de la OIT sobre discriminación en el empleo, al que ya nos hemos referido, y a cuyo tenor: “las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las cualificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas

---

<sup>691</sup> OTADUY GUERÍN, J., “Las empresas ideológicas, aproximación al concepto y supuestos a los que se extiende”, *op. cit.*, p. 315.

como discriminación”; en base a este precepto se puede concluir, con Blat Gimeno, que “puede haber empleos en los que los factores ideológicos y religiosos puedan ser considerados como elementos que determinan la aptitud del trabajador y puedan constituir una característica implícita en las aptitudes para la adecuación al puesto”.<sup>692</sup>

Finalmente destacaremos las palabras de Moreno Botella, cuando señala: “El principio de igualdad y no discriminación debe matizarse cuando estamos en presencia de organizaciones cuyo fin inmediato y principal es la difusión de un determinado programa o mensaje ideológico. En estos supuestos, la defensa a ultranza del derecho a la libertad de pensamiento de los trabajadores puede dañar la propia ideología que sustenta la organización, cuyo derecho de libertad ideológica y religiosa a nivel colectivo también se encuentra tutelado por la Constitución, cuando no es compartida por aquellos”.<sup>693</sup>

La UE ha sido consciente de la especial problemática planteada por las organizaciones religiosas y las *empresas de tendencia* propiedad de las mismas, y en este sentido ha dictado la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que prohíbe la discriminación por razones de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. La transposición de la Directiva al ordenamiento interno español tuvo lugar a

---

<sup>692</sup> BLAT GIMENO, F., *Relaciones Laborales en empresas ideológicas*, *op. cit.*, p. 99.

<sup>693</sup> MORENO BOTELLA, G., “Ideario de un hospital católico y despido. A propósito de la Sentencia del TC 106/1996 de 12 de junio”, *op. cit.* p. 287.

través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

La Directiva 2000/78 ha considerado, en su artículo 4.1., como no discriminatorias las diferencias de trato basadas en las creencias o convicciones del trabajador, cuando desarrolle su prestación de servicios en una *empresa de tendencia*; y ha llevado a cabo, en su artículo 4.2., un tratamiento singularizado del requisito ideológico en las actividades profesionales de las iglesias.<sup>694</sup>

El artículo 4.1. de la Directiva 2000/78 dispone que no habrá discriminación cuando las creencias o convicciones del trabajador sean tomadas en consideración para no perjudicar objetivamente el desarrollo de la actividad laboral. Se admite la posibilidad de establecer la diferencia de trato cuando dichas creencias o convicciones puedan constituir un requisito

---

<sup>694</sup> Artículo 4:

1. No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado.

2. Los Estados miembros podrán mantener en su legislación nacional vigente el día de adopción de la presente Directiva, o establecer en una legislación futura que incorpore prácticas nacionales existentes el día de adopción de la presente Directiva, disposiciones en virtud de las cuales en el caso de las actividades profesionales de iglesias y de otras organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones de una persona, por lo que respecta a las actividades profesionales de estas organizaciones, no constituya discriminación una diferencia de trato basada en la religión o las convicciones de una persona cuando, por la naturaleza de estas actividades o el contexto en el que se desarrollen, dicha característica constituya un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la organización. Esta diferencia de trato se ejercerá respetando las disposiciones y principios constitucionales de los Estados miembros, así como los principios generales del Derecho comunitario, y no podrá justificar una discriminación basada en otro motivo. Siempre y cuando sus disposiciones sean respetadas, las disposiciones de la presente Directiva se entenderán sin perjuicio del derecho de las iglesias y de las demás organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones, actuando de conformidad con las disposiciones constitucionales y legislativas nacionales, podrán exigir en consecuencia a las personas que trabajen para ellas una actitud de buena fe y de lealtad hacia la ética de la organización.

profesional, esencial y determinante. Los supuestos en los que puede ser de aplicación esta regla incluyen: cuando se atiende a la naturaleza de la actividad concreta de la que se trate, es decir, la tarea ideológica o de tendencia y también cuando el contexto en el que se lleve a cabo la relación laboral se produzca en una *empresa de tendencia*. Si bien para poder aplicar esta regla, el artículo 4.1. exige dos requisitos, que son: la existencia de una finalidad legítima y la proporcionalidad entre el derecho que se quiere proteger y el que se ve limitado, debiendo entender por proporcionalidad el equilibrio que caracteriza el balance entre intereses contrapuestos.<sup>695</sup>

El artículo 4.2. establece expresamente el principio de no discriminación para las actividades profesionales de Iglesias y de otras organizaciones públicas o privadas cuya ética se basa en la religión o las convicciones de una persona. Hay que puntualizar, como hacen Fernández López y Calvo Gallego, que: “podrán subsumirse tanto las organizaciones lucrativas como las no lucrativas, y tanto las organizadas empresarialmente como las que no, si bien se echa en falta alguna mención a la necesidad de que este fin religioso o de convicciones sea público, predominante y principal”.<sup>696</sup> Puede llamar la atención la referencia que el artículo 4.2. hace a las organizaciones públicas cuya ética se base en la religión o las convicciones, dado que en el ordenamiento positivo español la Administración Pública debe ser neutral ideológicamente, pero como señalan los autores antes citados, “no debe

---

<sup>695</sup> En este sentido ODRIOZOLA IGUAL, C., “Relaciones de trabajo en el contexto de organizaciones ideológicas y religiosas: la Directiva 2000/78/CE de 27 de diciembre sobre empleo y trabajo”, *op. cit.*, p. 14.

<sup>696</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. y CALVO GALLEGOS F. J., “La Directiva 78/2000/CE y la prohibición por razones ideológicas: una ampliación del marco material comunitario”, *op. cit.*, p. 143.

olvidarse que en otros ordenamientos centroeuropeos sí cabe otorgar el carácter confesional a determinados centros públicos”.

El artículo 4.2. de la Directiva, se refiere a las *organizaciones ideológicas*, señalando expresamente a las Iglesias al disponer que siempre y cuando sus disposiciones sean respetadas, las disposiciones de la presente Directiva se entenderán sin perjuicio del derecho de las Iglesias y de las demás organizaciones públicas y privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones, que actuando de conformidad con las disposiciones constitucionales y legislativas nacionales, podrán exigir a las personas que trabajen para ellas una actitud de lealtad y buena fe hacia la ética de la organización. En consecuencia, el deber de lealtad y buena fe en este tipo de *organizaciones de tendencia* se traduce en una cierta *adhesión ideológica* del trabajador en el momento de la contratación, entendida como un deber de respeto, de lealtad y buena fe hacia el ideario o identidad de la organización, como mínimo, en el comportamiento externo del trabajador, que deberá en todo caso respetar ese ideario.

Dado que de esta directiva se deduce que no hay discriminación al tomar en consideración las creencias religiosas o las convicciones de los trabajadores de las *empresas de tendencia*, de ello se derivan una serie de efectos que pueden incidir en el momento de contratación del trabajador, en el desarrollo de su actividad laboral y finalmente, a la hora de extinguir su relación contractual. De estos tres momentos sucesivos vamos a tratar en el epígrafe siguiente.

## VII. CONFLICTO DE DERECHOS DURANTE LA VIDA DE LA RELACIÓN LABORAL

### VII. 1. Introducción

Antes de comenzar el análisis del desarrollo de esta relación laboral en una *organización de tendencia* conviene tener presente que estas organizaciones sólo podrán excepcionar legítimamente los principios generales del Derecho Laboral en materia de contratación y despido, como seguidamente veremos, cuando la tendencia sea conocida desde el mismo momento de la conclusión del contrato por las personas que entran a trabajar en la organización.

Es preciso que la tendencia sea reconocida y reconocible por los trabajadores. De tal manera, que el dato ideológico debe aparecer claramente reseñado en los estatutos de la organización de que se trate y, además, que se de a conocer a sus trabajadores en el momento de la conclusión del contrato. Pues a falta de condición expresa, la ideología de la organización, no puede aparecer como una presuposición, siendo necesario que la persona que entre a trabajar en una organización de tal tipo, conozca las connotaciones ideológicas de la misma a la hora de realizar el contrato.<sup>697</sup>

---

<sup>697</sup> MORENO BOTELLA, G., *Libertad de conciencia del trabajador en empresas ideológicas confesionales*, op. cit., p. 288.



Entendemos, por tanto, que es del todo necesario, que de conformidad con el principio general de determinación del objeto del contrato en el momento de su estipulación, sean claramente definidas las pautas ideológicas a las cuales el trabajador se ha de uniformar, en su caso, o, al menos, respetar en el desarrollo de su actividad, pues de lo contrario, no se le podría exigir que actuara según una línea ideológica que no se le ha revelado. Se deduce, así, una obligación de información por parte de la organización a sus posibles trabajadores en la fase contractual, con el fin de que, conocida por aquellos la línea ideológica de la misma, voluntariamente se adhieran, o por el contrario no lo hagan. En este sentido, el deber de información compete al empresario que en virtud del artº 8. 5. del ET y de la Directiva del Consejo 91/533 CEE de 14 de Octubre deberá dar a conocer los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral, siempre que las mismas no figuren en el contrato formalizado por escrito y tengan una duración de más de un mes,<sup>698</sup> así, en las *organizaciones de tendencia*, el empleador está obligado a dar a conocer la ideología que sustenta aquella.

Por último, dejaremos bien asentado que siendo el objeto de estudio de este trabajo únicamente las *organizaciones de tendencia* de base religiosa, espiritual o filosófica, nos referiremos a las relaciones laborales que se producen dentro de ellas, quedando, por tanto, excluidas las relaciones que se originan entre dichas organizaciones y su personal religioso que en ningún caso calificaremos de laborales.

---

<sup>698</sup> Cfr. RODRÍGUEZ PIÑERO, M., “Derecho Comunitario e información a los trabajadores sobre sus condiciones laborales”, en *Relaciones Laborales*, nº 24, La Ley, 1992, pp. 3 y ss.; GARCÍA MURCIA, J. y MARTÍNEZ MORENO, C., “La obligación del empresario de informar al trabajador acerca de sus condiciones de trabajo. Una primera aproximación a la Directiva 91/583/CE de 14 de Octubre”, en *Relaciones Laborales*, nº 8, La Ley, 1992, pp. 8 y ss.

En este sentido el TS establece: “la relación jurídica establecida entre los Ministros de Culto y las distintas Iglesias y confesiones religiosas no puede ser configurada, mientras que se limite a la labor de asistencia religiosa y de culto y otras inherentes a sus compromisos religiosos, como relación laboral”.<sup>699</sup> En la misma línea el TC<sup>700</sup> declaraba: “la relación entre religioso y comunidad no puede ser en modo alguno calificada como laboral, tal y como de manera insistente viene afirmando la jurisprudencia ordinaria. ( ... ).La subordinación o dependencia a la Superiora del centro, como en el caso de los compañeros seculares en las tareas educativas, responde a las necesidades organizativas del centro educativo, y puede constituir un elemento esencial del contrato laboral, pero no convierte a la actora en trabajadora por cuenta ajena. Su relación con la actividad del centro estaba imbuida, por encima de todo, de una espiritualidad y de un impulso de gratuidad, en virtud de la profesión religiosa y de los votos de obediencia y pobreza contraídos, que impiden dotar de naturaleza contractual la actividad educativa desempeñada por la recurrente dentro de su propia comunidad religiosa, y disciplinada por vínculos de carácter espiritual en atención exclusivamente a consideraciones altruistas extrañas a las relaciones contractuales de trabajo. Se trata, en fin, de una prestación en la que está ausente el interés de ganancia o de percibir una contraprestación económica.”

También en este sentido, y concluyendo, señala Calvo Gallego: "desde una óptica estrictamente material se ha negado de forma reiterada que la

---

<sup>699</sup> STS, 14 de mayo de 2001, (núm. de recurso 192/1999).

<sup>700</sup> STC 63/1994, de 28 de febrero.

actividad del religioso en su Iglesia o congregación pueda considerarse como un trabajo remunerado, ajeno y dependiente, sujeto por tanto al ordenamiento laboral. Para ello, no se ha dudado en destacar la clara semejanza existente entre estas relaciones y los trabajos familiares, amistosos, benevolentes o de buena vecindad". Por otro lado, el mismo autor apunta: "una segunda argumentación de carácter formal ha venido a justificar esta misma exclusión por la libre voluntad del ministro o religioso que, en base a la autonomía interna de Iglesias y confesiones, podría optar por excluir esta relación de servicios del Ordenamiento estatal".<sup>701</sup>

La asimilación de los ministros de culto a los trabajadores del Régimen General de la Seguridad Social y la asimilación de los religiosos a los trabajadores pertenecientes al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos obedecen al ideal de universalidad de la cobertura (art. 41 CE) que rige la Seguridad Social.<sup>702</sup> Sobre todo, tampoco existe ajenidad. De la aplicación del

---

<sup>701</sup> CALVO GALLEG0, F. J., Contrato de trabajo y libertad ideológica, *op. cit.*, pp. 139 y ss.

<sup>702</sup> El Real Decreto 2389/1977, de 27 de agosto, que regula la Seguridad Social del Clero, define que los Clérigos de la Iglesia Católica y demás Ministros de otras Iglesias y Confesiones religiosas debidamente inscritas en el correspondiente Registro del Ministerio de Justicia (Véase REGISTRO DE ENTIDADES RELIGIOSAS) quedarán incluidos en el ámbito de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social en las condiciones que reglamentariamente se determinen.

En el caso de la Iglesia Católica, el Real Decreto 3325/1981, de 29 de diciembre, incorpora al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por cuenta propia o Autónomos a los religiosos y religiosas de la Iglesia Católica que sean españoles, mayores de 18 años y miembros de Monasterios, Ordenes, Congregaciones, Institutos y Sociedades de Vida Común, de derecho pontificio, inscritos en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia, y que residan y desarrollen normalmente su actividad en territorio nacional, exclusivamente bajo las órdenes de sus superiores respectivos y para la comunidad religiosa a la que pertenezcan. El Real Decreto 487/1998, de 27 de marzo, y el Real Decreto 2665/1998, de 11 de diciembre que lo completa, reconocen como cotizados a la Seguridad Social los periodos de actividad sacerdotal o religiosa de los sacerdotes y religiosos o religiosas de la Iglesia católica secularizados.

Los Acuerdos de cooperación afirman en sus artículos 5 que las personas que cumplen funciones de dirección religiosa protestante, judía y musulmana, quedan incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, asimilados a trabajadores por cuenta ajena. Los Reales Decretos 176/2006 de 10 de febrero y 1138/2007, de 31 de agosto, desarrollan los términos y condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de los dirigentes religiosos e imanes de las comunidades integradas en la Comisión Islámica de España, y de los ministros de culto de las iglesias pertenecientes a la FERED. Asimismo los Reales Decretos 822/2005, de 8 de julio y 1614/2007, de 7 de diciembre, desarrollan los

Régimen General de la Seguridad Social no cabe deducir la existencia de ajenidad, pues dicha aplicación no obedece a que se trate de trabajadores por cuenta ajena, sino a su *asimilación* a éstos, debido al juego del principio de universalidad de la cobertura. Precisamente, la fórmula que la Administración ha tenido que emplear para que el régimen protector de la Seguridad Social llegue al clero es indicio de lo contrario.<sup>703</sup>

Ahora bien, si el religioso presta su actividad directamente para una determinada institución (trabajos propios de enfermería en hospitales, de gerocultor en residencias de ancianos o docentes en colegios) bajo retribución, estaríamos ya ante una relación laboral. En estos casos su consideración es la específica del trabajador por cuenta ajena, sometido en su regulación jurídica al Derecho laboral común o general del Estado. Un último supuesto vendría dado por la particular relación que puede mediar entre un religioso y una entidad u organización a la que el religioso presta sus servicios en virtud de un convenio o Acuerdo con la entidad o con el Estado. En estos casos habrá que estar a lo que se establezca en particular en cada convenio para la calificación de la relación jurídica del religioso con la entidad en la que presta sus servicios ya se trate de una entidad pública o privada, sustanciándose en todo caso dicha relación por el Derecho Común, configurándose la misma como relación de naturaleza administrativa o laboral según los casos.<sup>704</sup>

---

términos y condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de los clérigos de la Iglesia Ortodoxa del Patriarcado de Moscú en España y de los miembros de la Orden religiosa de los Testigos de Jehová en España.

<sup>703</sup> MALDONADO MONTOLYA, J. P., *Las actividades religiosas ante el Derecho del Trabajo*, Aranzadi, Cizur-Menor (Navarra), 2006, p. 43.

<sup>704</sup> OTADUY GUERÍN, J., *Régimen jurídico español del trabajo de eclesiásticos y religiosos*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 159.

## VII.2. Nacimiento de la relación laboral

En el momento de la contratación, la declaración del artículo 16.2. CE, conforme a la cual: “nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias” ha de ser matizada cuando se trate de una *empresa de tendencia*, en el sentido de que el empleador tiene derecho a indagar acerca de las convicciones del trabajador y a adoptar las medidas que considere oportunas. En estas *empresas de tendencia*, la libertad ideológica y los datos sensibles en que se concreta, podrían sufrir limitaciones al estar conectada aquélla con la actividad de la empresa. Ello supone la posibilidad de contratar en base a una ideología, creencia o convicción con exclusión de aquellos candidatos que no la posean y, además, la licitud de las preguntas sobre aquélla en las empresas en las que la ideología constituye y sostiene la organización (exigencia *bona fides* razonable).<sup>705</sup>

Rossell Granados contempla esta posibilidad en los siguientes términos: “si bien es discriminatorio tomar en consideración de manera abstracta las creencias religiosas del trabajador para no emplearle cuando no se deriven de ello perjuicios tangibles para la empresa, no ocurre lo mismo cuando esa posible contratación pueda incidir negativamente (...), debería realizarse

<sup>705</sup> SSTC 5/1981, de 13 de febrero y 4/1987, de 27 de marzo. *Vid. in extenso*, CALVO GALLEG0, F. J., *Contrato de trabajo y libertad ideológica, Derechos fundamentales y organizaciones de tendencia*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1995; APARICIO TOVAR, J., “Relación de trabajo y libertad de pensamiento en las empresas ideológicas”, en *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los Profesores Bayón Chacón y Del Peso Calvo*, Universidad Complutense, Madrid, 1980; BLAT GIMENO, F. R., *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1986.

únicamente sobre aquellos trabajadores cuya actividad resulte esencialmente *ideológica* y deberían ser proporcionadas. Sólo debería extenderse a aquellos aspectos de la esfera privada del trabajador que puedan ser relevantes de manera objetiva para el desarrollo de la prestación”.<sup>706</sup>

En base a esto, sería legítima la indagación sobre las opiniones personales de las personas que fueran a impartir por ejemplo la asignatura de religión en un colegio gestionado por un instituto religioso. Y, *sensu contrario*, no serían legítimas las indagaciones que se hicieran, por ejemplo, sobre una persona cuya actividad va a ser de tipo funcional como por ejemplo: conserje, telefonista, mantenimiento... La consideración, por tanto, es que se permitiría una excepción a los principios generales del Derecho Laboral para este tipo de organizaciones, que podrían lícitamente hacer indagaciones sobre las opiniones personales de aquellos trabajadores de tendencia, y no para los que realicen trabajos de tipo neutro.<sup>707</sup> La posibilidad de realizar en estos casos pesquisas ideológicas debería entenderse como mínima, circunscrita todo lo más a investigar si el sujeto conoce el concreto mensaje ideológico o si no ha adoptado previamente actitudes o comportamientos de oposición pública o manifiesta.<sup>708</sup>

En el mismo sentido, Fernández López y Calvo Gallego, para los supuestos en los que la coincidencia ideológica entre el individuo y la organización es necesaria para la correcta ejecución de la prestación y para la

---

<sup>706</sup> ROSSELL GRANADOS, J., *La no discriminación por motivos religiosos en España*, op. cit., p. 96.

<sup>707</sup> MORENO BOTELLA, G., *Libertad de conciencia del trabajador en empresas ideológicas confesionales*, op. cit., p. 256.

<sup>708</sup> BLASCO JOVER, C., *El derecho a la cláusula de conciencia...*, op. cit., p. 228.

credibilidad del mensaje, precisan que: “esta orientación ideológica del individuo puede ser indagada válidamente por el empleador sin que el candidato pueda mentir u ocultar la misma, ya que forma parte de su capacidad y aptitud para el trabajo; dicha coincidencia puede ser valorada en el proceso de selección o ser causa válida de extinción del contrato durante el periodo de prueba y finalmente, su sobrevenida incompatibilidad puede dar lugar en casos extremos a la extinción del contrato”.<sup>709</sup>

En este contexto habría que plantear si el candidato debería anticiparse y responder de forma espontánea más allá de las estrictas preguntas de la entidad sobre su aptitud ideológica. Por un lado, para algunos autores como Calvo Gallego, parece que salvo que se aprecie error en la entidad o se trate de datos difícilmente cognoscibles para aquélla empleando una diligencia común, los deberes de información del candidato habrían de limitarse a aquéllas.<sup>710</sup> Si el empleador no cuestionara sobre ciertas materias, el candidato percibirá que lo no referido no es importante y la no advertencia sobre extremos no consultados no debe entenderse que contraría el comportamiento correcto, honesto y leal exigible a las partes en la fase previa al contrato de trabajo. Ahora bien, si ello puede tener consecuencias en la organización del

---

<sup>709</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. y CALVO GALLEGO F. J.: “La Directiva 78/2000/CE y la prohibición por razones ideológicas: una ampliación del marco material comunitario”, *op. cit.*, p. 145.

<sup>710</sup> En esta línea, sostiene CALVO GALLEGO, F. J., que si un contratante (la entidad) no preguntó, pudiendo y debiendo hacerlo, una cuestión básica en la lógica contractual, no parece lógico que el otro (trabajador) deba suplir con una diligencia extraordinaria la desidia del contrario aun cuando se esté valorando la aptitud del candidato en una empresa ideológica (*Contrato de trabajo y libertad ideológica...*, *op. cit.*, p. 209). En sentido contrario, entiende FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., que los aspirantes a ocupar un puesto de trabajo habrán no sólo de responder adecuadamente a las preguntas formuladas (pues sería una exigencia del puesto y de la actividad de la empresa) sino también han de adoptar una *conducta activa de informar acerca de aquellas características personales que puedan entorpecer el libre desarrollo de la vertiente colectiva de la libertad de pensamiento*, “Libertad ideológica y prestación de servicios”, en *Relaciones Laborales*, vol. II, 1985, p. 440.

trabajo, la opción interpretativa ha de ser, necesariamente, la contraria.<sup>711</sup> Al respecto de esta obligación espontánea del candidato al puesto de trabajo, consideramos especialmente acertadas las palabras de Blasco Jover: “el candidato tendría que asumir que, además de responder de una forma clara, correcta y veraz a las preguntas que se le formularan, debería sacar al empresario de todos aquellos errores o falsas concepciones que pudiera apreciar a lo largo de los tratos preliminares, y comunicarle, por su propia iniciativa, aquellos aspectos que no pudieran ser conocidos empleando una diligencia normal. Es decir, tendría que advertir de todas aquellas circunstancias que pudieran escapar, por su carácter oculto, extraordinario o excepcional, del ámbito normal de indagación del empresario”.<sup>712</sup>

En todo caso, hay que tener presente que esta declaración sobre creencias religiosas o convicciones deberá siempre ser voluntaria y prestarse con las garantías que exige el artículo 7 de la LOPD; el trabajador deberá ser advertido de su derecho a no manifestarlo y la prestación del consentimiento deberá ser expresa y por escrito.<sup>713</sup> Por otro lado, parece claro que, en este

---

<sup>711</sup> ALAMEDA CASTILLO, M. T., *Estadios previos al contrato de trabajo y discriminación*, *op. cit.*, p. 258.

<sup>712</sup> BLASCO JOVER, C., *El derecho a la cláusula de conciencia...*, *op. cit.*, pp. 227 y 228.

<sup>713</sup> Artículo 7. Datos especialmente protegidos.

1. De acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 16 de la Constitución, nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. Cuando en relación con estos datos se proceda a recabar el consentimiento a que se refiere el apartado siguiente, se advertirá al interesado acerca de su derecho a no prestarlo.

2. Sólo con el consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias. Se exceptúan los ficheros mantenidos por los partidos políticos, sindicatos, iglesias, confesiones o comunidades religiosas y asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, en cuanto a los datos relativos a sus asociados o miembros, sin perjuicio de que la cesión de dichos datos precisará siempre el previo consentimiento del afectado.

3. Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente.



tipo de organizaciones, la línea ideológica perseguida ha de poder ser conocida por el trabajador que ingrese en la misma. Es por ello vital la legitimidad y publicidad de las llamadas cláusulas de identidad por las cuales el trabajador se tenga que uniformar a la línea ideológica perseguida por la institución en la que preste sus servicios, o, por lo menos, respetarla.

En la fase precontractual, en base a la excepción admitida por el artículo 4.2. de la Directiva 2000/78 de, 27 de noviembre y, por su norma de transposición, artículo 34.2. párr. 2º Ley 62/2003, de 30 de diciembre, en los procesos de selección lícitamente se podría primar a los candidatos afines al ideario porque ofrecen una mayor aptitud para el puesto sin que ello pueda ser tildado de discriminatorio.<sup>714</sup> El no acceso al empleo de un candidato que no comparte o coincide ideológicamente con la organización quedaría justificado pues en esta actividad y contexto; es aquella condición un requisito profesional esencial y determinante para la correcta ejecución de la prestación de servicios y la esencia del negocio (difusión del mensaje religioso o ideológico, promoción de las creencias) legitima una actuación en aquel sentido.

Entendemos que la elección de la persona adecuada para una función o tarea de tendencia es algo que pertenece de manera exclusiva a esa organización. Concretamente respecto a las Iglesias o confesiones Moreno Botella apunta lo siguiente: “la elección es algo que corresponde a la

---

4. Quedan prohibidos los ficheros creados con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico, o vida sexual.

<sup>714</sup>APARICIO TOVAR, J., “Empresas ideológicas ...”, *op. cit.*, p. 89; GOÑI SEIN, J. L., *El respeto a la esfera privada del trabajador...*, *op. cit.*, p. 74.

jurisdicción y orden interno de las Iglesias, en otro caso la autonomía reconocida no tendría razón de existir y las Iglesias nunca podrían demandar a sus empleados por falta de la lealtad debida. (...) son las únicas competentes para decidir cuál es la persona más adecuada o idónea para transmitir sus creencias o dogmas.<sup>715</sup>

—'

Ahora bien, aquella preferencia debería limitarse, en principio, a los *trabajadores de tendencia* pues para tareas neutras, el componente ideológico es ajeno al esquema contractual y no influye en el objeto ni en la causa del contrato.<sup>716</sup> No obstante, el poder de dirección empresarial en la fase previa a la firma del contrato de trabajo legitima al empresario para seleccionar y contratar al candidato más idóneo (STC 77/1985) y ello podría inclinar la balanza a favor de un candidato afín a la tendencia al estimarse que ello redundará en un mejor cumplimiento de la prestación. La afinidad a la tendencia sería valorada, simplemente, como un mérito más.<sup>717</sup>

### **VII. 3. Desarrollo de la relación laboral**

Es claro que las convicciones pueden provocar en el desarrollo de una relación de prestación de servicios conflictos graves en una *empresa de tendencia* de naturaleza religiosa, espiritual o filosófica. Y es que el trabajo ideológico constituye un campo especialmente proclive a generar tensiones

---

<sup>715</sup> MORENO BOTELLA, G., *Organizaciones religiosas y deber de lealtad. El TEDH ante las relaciones laborales de contenido ideológico y el derecho a la autonomía e identidad de las iglesias*, op. cit., p. 25.

<sup>716</sup> En esta línea, BLAT GIMENO, F. R., *Relaciones laborales...*, op. cit., pp. 99 y 100; APARICIO TOVAR, J., “Empresas ideológicas...”, op. cit., p. 92.

<sup>717</sup> CALVO GALLEGGO, F. J., *Contrato de trabajo y libertad ideológica...*, op. cit., p. 195.

entre la propia organización y sus trabajadores, que pueden adoptar comportamientos contrarios al ideario de estas organizaciones. Las siguientes líneas están dedicadas al examen del contenido de esas relaciones laborales en el seno de una *empresa de tendencia* de naturaleza religiosa.

### **VII.3.1. Deber general de respeto**

Como hemos venido defendiendo a lo largo de este capítulo, el trabajador de una *empresa de tendencia*, sea o no portador de tendencia, deberá respetar la ideología de la misma durante todo el desarrollo de su actividad laboral, este es el sentido del último inciso del apartado 2 del artículo 4 de la Directiva 2000/78 Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que prohíbe la discriminación por razones de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual: “... las organizaciones cuya ética se base en la religión o las convicciones (...) podrán exigir en consecuencia a las personas que trabajen para ellas una actitud de buena fe y de lealtad hacia la ética de la organización”.

Contratar con una empresa abiertamente declarada *empresa de tendencia* lleva aparejado un deber de respeto con dicha ideología. Este deber no significa que cada trabajador deba poseer un *convencimiento interno* o una auténtica *aceptación subjetiva* de la ideología empresarial. El respeto obliga a todo trabajador simplemente a abstenerse de realizar cualquier

comportamiento profesional, y aún incluso personal, que pueda dañar la imagen empresarial. En definitiva, se trata de que el trabajador una vez integrado en la organización cumpla con las funciones pactadas tal y como resultó convenido en el momento de la contratación, esto es, con todo el celo y la pulcritud requeridos por los deberes de buena fe, de colaboración y de diligencia debida (artículos 1258 Cc y 5.a) y 20.2. ET).<sup>718</sup>

Por lo que se refiere al deber de buena fe se regula en el artículo 5 a) y 20.2. del ET y de manera más general en el artículo 1258 del Código Civil que dice: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan, no sólo al "cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe contractual". El deber de fidelidad en nuestro Derecho Laboral se concreta en una serie de actuaciones o prohibiciones concretas, incluyendo: el deber de lealtad, el deber de guardar los secretos profesionales, la abstención de actos de concurrencia, la especialización profesional, la simulación de enfermedad o accidente.<sup>719</sup> De todos estos aspectos el que más nos interesa es el relativo a la abstención de realizar actos de concurrencia. Los artículos 5 d) y 21.1.2. del ET establecen el deber de no concurrir con la actividad de la empresa. A primera vista la no concurrencia parece referirse a una no

---

<sup>718</sup> Es lo que se conoce como "funcionalización de la actividad laboral al objeto ideológico de la entidad". BLAT GIMENO, F. R., *Relaciones laborales en ...*, op.cit., p. 91. De acuerdo entonces también con FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. y CALVO GALLEGU, F. J., "La Directiva 78/2000/CE y la prohibición de discriminación por razones ideológicas: una ampliación del marco material comunitario", en *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº 59, 2001, p. 439. También se ha dicho por parte de la doctrina, CASTILLO CÓRDOVA, L., *Libertad de cátedra en una relación educacional con ideario*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p. 451: "la aceptación del ideario de la institución ideológica por el trabajador contratado para cooperar con el desarrollo de la correspondiente ideología no supone una restricción de la libertad del trabajador, porque opera en el terreno de las calificaciones para el empleo admitidas por el Convenio de la OIT n.º 111".

<sup>719</sup> Vid. ALONSO GARCÍA, M., *Curso de Derecho del Trabajo*, Ariel Derecho, Barcelona, 1982, pp. 430-433.

concurrancia de tipo económico, pero esto, que está tan claro en las empresas donde el fin de lucro es el fin inmediato se desdibuja cuando el fin de la empresa es principalmente ideológico aunque el lucro aparezca en un plano secundario. En estos casos, el deber de no concurrir se ha de interpretar en sentido amplio referido no sólo al aspecto económico sino al ideológico y, en consecuencia, será contrario a ese deber, que el trabajador lleve a cabo una ideología concurrente con la de la empresa. Y será concurrente la manifestación ideológica que venga acompañada de una propaganda tal que pueda desviar la clientela pudiendo convencerla de la ideología contraria a aquella de la que es objeto el mensaje al que la organización se dirige.<sup>720</sup>

Respecto a este deber que impone la Directiva, Fernández López y Calvo Gallego interpretan que “la Directiva parece querer hacer referencia a un genérico deber de no dañar pública e intencionadamente la imagen o creencias de la organización, propio de todo empleado. Se trataría, por tanto, de aplicar igualmente a este tipo de empresas las reglas generales aplicables a cualquier otra organización, con la peculiaridad del fin esencialmente ideológico que subyace en la misma”.<sup>721</sup> Se trataría de un deber general de respeto exigible tanto al trabajador portador de tendencia como al no portador.

Nos parece conveniente en este momento expositivo clarificar el deber general de respeto que asume todo trabajador de una *empresa de tendencia* presentando, a modo de ejemplo concreto, un pequeño bosquejo del deber de

---

<sup>720</sup> MORENO BOTELLA, G., *Libertad de conciencia del trabajador en empresas ideológicas profesionales*, *op. cit.*, p. 235.

<sup>721</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. y CALVO GALLEGOS F. J., “La Directiva 78/2000/CE y la prohibición de discriminación por razones ideológicas: una ampliación del marco material comunitario”, *op. cit.*, p. 147.

respeto que envuelve al docente en un centro educativo privado con ideario propio, diferenciando bien el derecho a la libertad de cátedra del deber de respeto hacia el ideario del centro educativo.

En este tipo de instituciones la definición del puesto docente viene dada, además de por las características propias del nivel educativo, por el ideario del centro, de tal modo que el docente siempre debe, al menos, mantener una actitud de respeto o de consideración al mismo, a fin de que el mensaje que se pretende hacer llegar a la colectividad sea real y efectivo. Pero siempre teniendo en cuenta que ha de salvaguardarse un cierto nivel de equilibrio entre el derecho a fijar un determinado programa ideológico y la libertad de cátedra del docente,<sup>722</sup> de tal modo que un derecho no quede desplazado a favor del otro. Y es que ni el primero es ilimitado, ni la segunda puede ejercerse en el seno de una relación educativa de carácter ideológico de un modo equivalente al que se ejercitaría en el marco de la enseñanza pública.

Desarrollando el planteamiento realizado por el Tribunal Constitucional<sup>723</sup> en su doctrina sobre centros docentes con ideario, tenemos

---

<sup>722</sup> El Tribunal Constitucional ha interpretado ampliamente la titularidad de este derecho en la sentencia 5/1981 manifestando que “aunque tradicionalmente por libertad de cátedra se ha entendido una libertad propia solo de los docentes en la enseñanza superior o, quizás más precisamente, de los puestos docentes denominados precisamente “cátedras” y todavía hoy en la doctrina alemana se entiende, en un sentido análogo, que tal libertad es predicable solo respecto de aquellos profesores cuya docencia es proyección de la labor investigadora, resulta evidente, a la vista de los debates parlamentarios, que son un importante elemento de interpretación, aunque no la determinen, que el constituyente de 1978 ha querido atribuir esta libertad a todos los docentes, sea cual fuere el nivel de enseñanza en el que actúan y la relación que media entre su docencia y su propia labor investigadora” (FJ. 9).

<sup>723</sup> Por medio de un escrito fechado en Madrid a 14 de octubre de 1980 y presentado ante el TC ese mismo día, don Tomás de la Quadra-Salcedo, actuando como Comisionado de sesenta y cuatro Senadores, interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 5/1980, de 19 de junio, por la que se regula el Estatuto de Centros Escolares (en adelante, citada como L.O.E.C.E.). En el recurso se pide al Tribunal que, previos los trámites legales pertinentes, dicte en su día Sentencia en la que declare la inconstitucionalidad de distintos artículos de la Ley impugnada, por lo que nos concierne aquí, los artículos 15, 18 y 34. La violación de la Constitución se produce, a juicio del

que la existencia de tal ideario, “conocido por el docente al incorporarse libremente al centro o libremente aceptado cuando el centro se hubiera dotado de ese ideario después de su incorporación, no le va a obligar ni a convertirse en un apologista del mismo ni a transformar su enseñanza en propaganda o adoctrinamiento, ni mucho menos a subordinar a ese ideario las exigencias que el rigor científico impone a su labor”<sup>724</sup>. Es más, la simple invitación a prestar su adhesión al ideario implicaría una violación del artículo 16.2. CE “por constituir una forma indirecta, pero co-activa por sus previsibles consecuencias laborales de interrogatorio sobre la ideología, religión o creencias del profesor de que se tratase”.<sup>725</sup> A lo único a que le va a obligar, puesto que su libertad es libertad en cuanto al puesto que ocupa y “no es un portador ideológico del ideario del centro donde desarrolla su actividad”,<sup>726</sup> es a desarrollar la labor docente de acuerdo a un criterio de respeto, discreción o consideración para con el concreto programa ideológico, por ejemplo, escogiendo un enfoque para sus explicaciones o seleccionando unos métodos de enseñanza respetuosos con el ideario.<sup>727</sup> Algo que en absoluto “debe entenderse como equivalente a veneración o acatamiento, sino como consideración o atención”.<sup>728</sup> Dicho de

---

recurrente, porque los artículos 15, 18 y 34 de la L.O.E.C.E. no señalan límites al alcance del derecho de los propietarios de centros privados a establecer un ideario, por lo que éste puede invadir la esfera de la libertad ideológica de los profesores, los padres y los alumnos, produciéndose en caso de conflicto un sometimiento indebido de éstos al ideario, ya que el artículo quince lo jerarquiza por encima de las demás libertades, que quedarían así supeditadas a él e incluso al Reglamento de régimen interior del centro. Frente a esta jerarquización de unas libertades a otras, el recurrente propone como solución que se defina el ámbito propio de cada una para articularlas entre sí. La libertad de enseñanza de los profesores (artículo 15 de la L.O.E.C.E.) se encuentra recogida según él, en el artículo 27.1. de la Constitución en relación con el 20.1. c), y es una libertad que tiene una dimensión institucional, por estar reconocida en interés de la ciencia y defiende la libertad de decir la verdad, aunque en las ciencias del espíritu no siempre podrá hablarse de la verdad en términos absolutos.

<sup>724</sup> STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 10.

<sup>725</sup> *Ibidem*, voto particular de Tomás y Valiente, FJ 17.

<sup>726</sup> STC 106/1996, de FJ 3.

<sup>727</sup> BLASCO JOVER, C., *El derecho a la cláusula de conciencia de los profesionales de la información*, *op. cit.*, p. 218.

<sup>728</sup> Voto particular a la STC 5/1981, FJ 16. Por lo tanto, nada de subordinaciones entre la libertad del centro y la del docente, nada de jerarquías, sino más bien “ajustamientos, articulaciones y equilibrios

otro modo, ello va a suponer que el docente, que seguirá disfrutando de sus propio sistema de valores y si no se siente identificado con el ideario educativo, (lógicamente, el docente que sí se muestre identificado con el ideario, no sólo respetará, sino que, incluso, promoverá con sus actividades y conductas la extensión del ideario) solamente deberá desarrollar las funciones contratadas “en los términos que juzgue más adecuados según las exigencias que el rigor científico impone a su labor”,<sup>729</sup> y que, con arreglo a un criterio serio y objetivo, no resulten contrarios o perjudiciales a los planteamientos seguidos por el centro.

En definitiva la idea que trasladamos a este supuesto es que el respeto debido por el docente al ideario de un centro educativo privado no puede interferir en su libertad de cátedra. Y ello sobre todo porque la libertad de cátedra no es sólo un derecho subjetivo del docente sino una garantía institucional que protege la generación y transmisión de conocimiento. Por tanto podemos concluir que la libertad de cátedra habilita al docente para resistir cualquier mandato de dar a su enseñanza una orientación ideológica determinada, es decir, cualquier orientación que implique un determinado enfoque de la realidad natural, histórica o social, dentro de lo que el amplio marco de los principios constitucionales hace posible.<sup>730</sup>

---

entre una y otra”. (CASTILLO CÓRDOVA, L., *Libertad de cátedra en una relación educacional con ideario*, *op.cit.*, p. 394).

<sup>729</sup> SSTC 5/1981, FJ 10; 47/1985, FJ 3 y 77/1985, FJ 9.

<sup>730</sup> STC 5/1981, FJ 1.



### VII.3.2. Obligaciones específicas del *trabajador portador de tendencia*

Por lo que respecta, en particular, al *trabajador portador de tendencia* la coincidencia ideológica con la de la organización ha de ser en principio *total*. Esto es algo con lo que, en teoría, no tiene por qué existir problema alguno, puesto que el planteamiento ideológico que promueve la entidad ha de presumirse coincidente con el planteamiento ideológico propio de un individuo que, libremente, ha aceptado desempeñar su actividad en una institución de tales características y que, también libremente, ha asumido que las funciones contratadas debe realizarlas de un modo tal que contribuya, con ellas y con su conducta extralaboral, a mantener vigente y a promocionar y exteriorizar el concreto ideario de la entidad.<sup>731</sup>

Sí sería admisible la simple disconformidad del *trabajador portador de tendencia* con el ideario de la empresa si esa discrepancia ideológica no se ha exteriorizado o puesto de manifiesto.<sup>732</sup> Pero en todo caso, tal como ha afirmado el TC,<sup>733</sup> sólo aquellas manifestaciones o comportamientos públicos y notorios que dificulten el correcto funcionamiento de la actividad ideológica podrán ser tenidos en cuenta por su influencia en el correcto cumplimiento de los deberes contractuales. En esta misma línea, los comportamientos

<sup>731</sup> BLASCO JOVER, C., *El derecho a la cláusula de conciencia de los profesionales de la información*, *op. cit.*, p. 228.

<sup>732</sup> APARICIO TOVAR, J., “Relaciones de trabajo y libertad de pensamiento en las empresas ideológicas”, *op. cit.*, p. 296; y “Empresas ideológicas y derechos fundamentales del trabajador”, en *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta, Madrid, 1992, pp. 91 y ss.

<sup>733</sup> STC 47/1985, de 27 de marzo.

extralaborales ilícitos podrían ser considerados como una violación de la obligación de respetar el ideario por la posible notoriedad y naturaleza de las actividades que se lleven a cabo al margen de ella y ello podría ser clave en el mantenimiento del trabajo, (vgr. renovación de contrato).<sup>734</sup> Al respecto, Montoya Melgar reconoce que incluso al margen de las adscripciones ideológicas y de los actos concretos demostrativos de tales adscripciones, el empresario podrá injerirse en la vida extralaboral del trabajador cuando ésta sea suficientemente susceptible de dañar los intereses de la empresa.<sup>735</sup> En tales casos, habrán de valorarse las circunstancias concretas de cara a ponderar los derechos del trabajador y de la organización.

La doctrina constitucional<sup>736</sup> y la doctrina científica,<sup>737</sup> como ya hemos visto, han mantenido la *eficacia horizontal* de los *derechos fundamentales* en el marco de la relación jurídico laboral. Ello se traduce “en la prohibición de que el empresario a través de su poder de supremacía general, pueda lesionar los derechos del trabajador realizando discriminaciones arbitrarias (...) fundadas en las convicciones políticas o ideológicas del trabajador, o en el ejercicio de sus

<sup>734</sup> En el desarrollo de la relación laboral, estas conductas podrían ser objeto de sanción (*vid.* ORTIZ LALLANA, M. C., “Derechos fundamentales y relación laboral”, en *Revista del Ministerio Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 13, 1998, pp. 36 y ss.).

<sup>735</sup> MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 332.

<sup>736</sup> STC 88/85, de 19 de julio, FJ 2, reproducido en la STC 129/89, de 17 de julio, FJ 2 y 3, en el sentido de que “nada legitima que quienes presten servicios en organizaciones empresariales por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional”. *Cfr.* APARICIO TOVAR, J., *Empresas ideológicas derechos fundamentales del trabajador*, *op. cit.*, pp. 80 y ss.; CONTRERAS MAZARÍO, J. M., *La igualdad y la libertad religiosa en las relaciones de trabajo*, en *Documentación jurídica*, nº 70, 1991, pp. 75-79.

<sup>737</sup> “La eficacia de los derechos fundamentales entre privados ha de predicarse, no obstante, con un carácter general que admite excepciones, pues es claro que no todos los derechos comprendidos en la sección 1ª del cap. II tit. I tienen una misma naturaleza. En tal sentido, resulta dudoso, por ejemplo, que los arts. 16. 3., 20. 3. ó 26 desplieguen una eficacia horizontal. En todo caso, la doctrina no duda de la eficacia *erga omnes* de los derechos fundamentales de contenido típicamente laboral (huelga y libertad sindical) o de versión laboral (intimidación, libertad de pensamiento o discriminación”. (VALDÉS DAL-RÉ, F., “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, *op. cit.*, p. 43)

libertades civiles o sindicales que le son constitucionalmente garantizadas”.<sup>738</sup> Pero esta eficacia se ve restringida<sup>739</sup> cuando nos encontramos ante organizaciones que son soporte de una determinada ideología y existen en función de ella, de modo que ideología y estructura están fusionadas. En las citadas condiciones, es decir, en el seno de una *empresa de tendencia*, y respecto de los *empleados portadores de tendencia*, se podrá limitar el ejercicio de los derechos fundamentales de éstos siempre que exista colisión entre ese ejercicio y el cumplimiento de la finalidad ideológica que inspira a la organización. Dicha limitación deberá ser proporcional a la afectación que la conducta del empleado pueda causar a la finalidad de la empresa. En dichas circunstancias, no constituyen discriminación las diferencias de trato que provengan de la exigencia de los pertinentes requisitos profesionales.<sup>740</sup>

Es posible, efectivamente, que una persona pueda ver limitada su libertad religiosa en razón de una situación contractual que ella misma ha consentido. Así lo declaró el TEDH en el asunto *Siebenhaar*. El Tribunal resolvió que no existía violación de los derechos del Convenio en el caso de una profesora de una escuela luterana que había sido despedida por participar activamente en las actividades de otra iglesia, que la Iglesia luterana

<sup>738</sup> OTADUY GUERÍN, J., *Las empresas ideológicas: aproximación al concepto y supuestos a los que se extiende*, p. 313; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., “Libertad ideológica y prestación de servicios”, *op. cit.*, p. 426.

<sup>739</sup> “No puede enfocarse el problema de base desde la perspectiva de que, por ingresar en una organización cualquiera, se produce sistemáticamente una renuncia total o parcial a ciertos derechos individuales, más bien, debe hablarse de una modulación en el ejercicio de los derechos, de ciertas peculiaridades que éstos han de desplegar en su desarrollo práctico, supuesto siempre como regla que el derecho existe, porque esa modulación va implícita en la idea de organización y en sus exigencias de funcionamiento, que en ocasiones, son reflejo de un mandato constitucional” (FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., “Libertad ideológica y prestación de servicios”, *op. cit.*, p. 426); ROJAS RIVERO, G. P., *La libertad de expresión del trabajador*, *op. cit.*, p. 214; CONTRERAS MAZARÍO, J. M., “La igualdad y la libertad religiosa en las relaciones de trabajo”, *op. cit.*, pp. 55 y ss.

<sup>740</sup> *Vid.* GARCÍA MURCIA, J., “Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales”, *op. cit.*

consideraba contraria a sus doctrinas: “El interesado era o debía ser consciente, en el momento de la firma de su contrato de trabajo (...) del hecho de que su pertenencia a la Iglesia Universal y las actividades a favor de ésta eran incompatibles con su compromiso con la Iglesia luterana.”<sup>741</sup> En esta sentencia se realiza la aplicación judicial de lo que se conoce como *doctrina de los actos propios*, sintetizada en el adagio romano, *venire contra factum proprium non valet*, es decir, no es lícito desautorizar las propias conductas mediante actos posteriores. Se trata de un principio general del derecho basado en la idea de la buena fe: quien ha actuado de una determinada manera ha generado la creencia, en aquellas personas con las que se ha relacionado, de que su comportamiento posterior sería consecuente con esa forma de actuar.

Encontramos también otro contundente supuesto de limitación del derecho fundamental a la libertad sindical dentro de una organización religiosa en el asunto *Sindicatul Pastorul Cel Bun*. En este caso el TEDH analizó la demanda de un grupo de empleados de la Iglesia Ortodoxa de Rumanía que había constituido un sindicato. Dado que carecían de la autorización de su obispo para tal constitución, el gobierno les denegó la inscripción sindical, ya que según la legislación estatal que regía el funcionamiento de la Iglesia Ortodoxa tal autorización era necesaria. La primera instancia del Tribunal halló una violación del art. 11 relativo a la libertad de asociación. Consideró que existía una verdadera relación de trabajo y que los empleados no podían quedar totalmente al margen de la protección del art. 11, una de cuyas manifestaciones es la asociación sindical. La prohibición de formar el sindicato

---

<sup>741</sup> STEDH, *Siebenhaar contra Alemania*, de 3 de febrero de 2011, par. 46

debía entonces verse como una injerencia en ese derecho. El Tribunal aceptó que la injerencia estaba prevista por la ley y que tenía una finalidad legítima (proteger el orden público mediante la protección de la autonomía de las comunidades religiosas). Sin embargo, halló que la negativa al registro era desproporcionada a la finalidad perseguida, y que por ello no podía verse como necesaria en una sociedad democrática.<sup>742</sup> La Gran Sala revirtió el fallo de la primera instancia.<sup>743</sup> Para la Gran Sala no existe un derecho al disenso en el interior de una comunidad religiosa. En caso de desacuerdo entre la comunidad y sus miembros, el miembro sólo tiene derecho a abandonar la comunidad. Así, se coincide con la primera instancia en que la negativa al registro de la asociación sindical es una injerencia en la libertad de asociación, y que tal injerencia está prevista por la ley y persigue una finalidad legítima (la protección de los derechos de terceros, en el caso de la Iglesia Ortodoxa). Sin embargo, la Gran Sala a diferencia de la primera instancia cree que la injerencia es proporcionada a los fines perseguidos. Las organizaciones religiosas pueden decidir qué actividades de sus miembros son contrarias a su autonomía y las autoridades nacionales deben respetar esta decisión. Teniendo en cuenta los fines que aparecen en el estatuto del sindicato (que promueven la iniciativa y la libertad de expresión de sus miembros, permiten el recurso a la huelga, etc), el Tribunal consideró que no es irrazonable pensar, como lo hicieron las autoridades nacionales, que la actividad del sindicato podía interferir con la autonomía de la Iglesia.

---

<sup>742</sup> STEDH, *Sindicatul Pastorul Cel Bun contra Rumanía*, de 31 de enero de 2012.

<sup>743</sup> STEDH, *Sindicatul Pastorul Cel Bun contra Rumanía*, Gran Sala, de 9 de julio de 2013.

Grandi apuntaba que la posibilidad de desarrollo de una vida sindical interna podría dar lugar a situaciones de contrastes y de conflicto con la ideología perseguida por la *organización de tendencia* a causa de la particular incidencia que el eventual disenso ideológico tiene sobre la actividad o finalidad perseguida por el empresario o dador de trabajo.<sup>744</sup> La exigencia de respetar el interés del empresario hace que los trabajadores mantengan en el desarrollo de la relación laboral, actuaciones conformes a la identidad ideológica de la organización que en este caso es prevalente, no pudiendo justificarse el ejercicio de actividades de expresión del pensamiento a favor de asociaciones sindicales, que puedan comprometer la posibilidad misma de perseguir la finalidad institucional de la organización que les da trabajo.<sup>745</sup>

Siendo esto así, también debemos considerar que a priori, la libertad de acción y organización sindical no parece que sea incompatible con este tipo de organizaciones y que sólo lo serían aquellas actividades sindicales inspiradas en principios de signo contrario o incompatible con los de la misma organización. En este caso, sería necesario que dentro de dicha organización, se arbitren otros cauces de participación de los trabajadores para que sus derechos relativos a descansos, jornada laboral, vacaciones..., queden tutelados.

La Directiva 2000/78, de 27 de noviembre relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que prohíbe la discriminación por razones de religión o convicciones, discapacidad,

---

<sup>744</sup> GRANDI, M., *L'attività sindacale nell'impresa*, Franco Angeli, Milano, 1976, p. 166.

<sup>745</sup> *Ibidem*, pp. 167 y 168.

edad u orientación sexual no establece una correlativa obligación empresarial de intentar acomodar la prestación a los cambios sobrevenidos en la ideología del trabajador. Sería conveniente intentar una armonización siempre que fuera posible, compensando los derechos de ambas partes: “cuando la empresa implica la promoción o difusión de ideas deberá encontrarse un sistema de compensación entre los derechos del trabajador y los derechos de la organización productiva que presenta una organización ideológica”.<sup>746</sup> El cambio ideológico de un trabajador de tendencia que no tenga repercusiones materiales expresas y que se mantenga en la esfera estrictamente personal, no es capaz de dañar la imagen de la empresa por muy sensible que sea esta, y por ello no es capaz de considerarse atentatoria contra el deber recíproco de buena fe que afecta a cualquier clase de trabajador<sup>747</sup> por lo que entendemos que sería necesario el intento de acomodo razonable pactando la nueva situación. Caso contrario, cuando el cambio ideológico del trabajador sí revierta sobre la proyección externa de la empresa y pueda perjudicar su imagen o lesionar su ideología, el acomodo razonable podría intentarse trasladando al trabajador a un puesto sin carga ideológica.

---

<sup>746</sup> ODRIOZOLA IGUAL, C., “Relaciones de trabajo en el contexto de organizaciones ideológicas y religiosas: la Directiva 2000/78/CE de 27 de diciembre sobre empleo y trabajo”, *op. cit.*, p. 20.

<sup>747</sup> Art. 20. 2. ET: En el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquel en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres. En cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe.

### VII.3.3. Obligaciones del *trabajador no portador de tendencia*

Tratándose de un *trabajador no portador de tendencia*, a diferencia del portador, el compromiso contractual no incluye la coincidencia personal con la ideología o confesionalidad de la organización productiva, sólo impone *neutralidad* del trabajador que, aún sin renunciar a sus propias convicciones, en el desarrollo de su actividad laboral debe respetar y no enfrentarse con la opción ideológica de la organización en que presta sus servicios propagando en ella sus propias ideas.<sup>748</sup> Las restricciones en su libertad ideológica serían legítimas al exigírseles una conducta de abstención, de no lesión (ataques abiertos o solapados) al ideario de la empresa aun cuando ello no implica adoptar aquél como propio. Así, en su actividad al servicio de una empresa de base ideológica, el trabajador deberá conocer y acatar las pautas morales del empleador que podrá exigirles una actitud de buena fe y de lealtad hacia la ética de la organización (art. 4.2 Directiva 2000/78) lo que podría concretarse en la prohibición de hacer declaraciones públicas en contra de la base ideológica de la organización.<sup>749</sup> Se trataría de no dañar pública e

<sup>748</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “Libertad ideológica, contrato de trabajo y objeción de conciencia”, *op. cit.*, p. 263.

<sup>749</sup> En alguna sentencia el TC incorpora elementos adicionales para la reflexión. En STC 106/1996 entendería que en un hospital cuyo titular era una orden religiosa, la relación laboral no se había concertado con la orden sino con el centro hospitalario cuya función no es la defensa del ideario sino la asistencial o técnica y por ello no resultaba de aplicación la doctrina sobre centros docentes privados recogida en las SSTC 5/1981 y 47/1985. Así, no podría extenderse de forma incondicionada al centro sanitario el ideario de la entidad titular y ello sumado a la neutralidad de la actividad realizada por la trabajadora (auxiliar de clínica), lleva al TC a descartar que el ideario de la empresa pueda limitar la libertad de expresión de aquélla que hizo comentarios despectivos respecto de la actividad religiosa -el reparto de la comunión a los enfermos en las habitaciones. Con mejor criterio, en los Votos Particulares de los magistrados García-Mon y Gabalón López se apunta que, en este caso, existen dos derechos fundamentales en liza, la libertad de expresión de la trabajadora y la libertad de expresión del empresario manifestada en un acto de culto. Recuerda además que incluso los trabajadores que no realizan tareas ideológicas están obligados a respetar, no a compartir, las ideas y creencias religiosas de quienes ostentan la dirección de la empresa en la que conociendo su carácter religioso, se han integrado voluntariamente.



intencionadamente la imagen o creencias de la organización pero no de una actividad de adoctrinamiento ni de subordinación al criterio de la empresa (STC 5/1981).

A estos trabajadores con tareas neutras no se les debería exigir más que a cualquier trabajador de una empresa ideológicamente neutral o de *no tendencia*: el deber genérico y mínimo de no dañar dolosamente la imagen de la organización que les contrató.<sup>750</sup> Es opinión mayoritaria, que no unánime, entender que poco más se le puede exigir a quien lleva a cabo una tarea neutra, es decir, una tarea que no tiene de por sí capacidad de exteriorización del mensaje de la organización, ni para favorecerlo ni para desmerecerlo.<sup>751</sup> Las eventuales situaciones conflictivas deberían resolverse, en consecuencia y para estos casos, en el plano de legalidad ordinaria, aplicando la doctrina general o común de limitación de los derechos fundamentales por la inserción en una organización ajena. Admitir lo contrario, habiendo aceptado lo anterior, sería tanto como colocar al empresario ideológico de un modo injustificado en una posición de privilegio respecto del empresario no ideológico.<sup>752</sup>

<sup>750</sup> Por encima de este genérico y mínimo deber, no se les debería imponer, entonces, ninguna otra obligación. De esta opinión es CALVO GALLEG0, F.J., *Contrato de trabajo y libertad ideológica. Derechos fundamentales y organizaciones de tendencia*, op. cit., pp. 171 y 172; y ROJAS RIVERO, G. P., *La libertad de expresión del trabajador*, op.cit., p. 218. Precisamente, esta autora afirma que “los trabajadores neutros no deben obediencia a su empresario sino en razón de lo que por su oficio están obligados a hacer”. En la doctrina sobre este deber mínimo, vid. STC 120/1983 (FJ 2 y 3).

<sup>751</sup> En este sentido, ÁLVAREZ ALONSO, D., “Las libertades de expresión e información en el ámbito de la empresa”, en *Estudios Financieros*, nº 245-246, 2003, p. 135; BLAT GIMENO, F.R., *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, op.cit., p. 74; GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Libertad de expresión, ideario de la empresa y despido (en torno a la STC 106/1996, de 12 de junio, BOE de 12 de Julio)”, en *Actualidad Laboral*, nº 6, 1997, p. 117; LOZANO, B., *La libertad de cátedra*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 284.

<sup>752</sup> Así lo entiende GOÑI SEIN, J.L., *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Civitas, Madrid, 1988, p.73. La alteración ideológica sustancial del centro sería, pues, como indica CALVO GALLEG0, F. J., *Contrato de trabajo y libertad ideológica. Derechos fundamentales y organizaciones de tendencia*, op. cit., p. 269, “inocua para esta amplia categoría de empleados”.

#### VII.4. Extinción de la relación laboral: despido

Uno de los aspectos más importantes que se presentan en las organizaciones de este tipo, en cuanto al régimen jurídico laboral, es el del ámbito de poder que, en materia de despido, se reconoce a la organización, a fin de tutelar sus propios fines e intereses.<sup>753</sup> En principio, la consecuencia más clara que puede tener la sujeción a un determinado criterio ideológico es la posibilidad de legitimar un despido disciplinario por falta de consonancia con la ideología empresarial. Esta posibilidad se presenta como cauce jurídico idóneo para salvaguardar la libertad ideológica del ente empresarial frente al ataque abierto de los propios sujetos (en este caso trabajadores dependientes) que integran su proceso productivo.

Si bien, en todo caso, como advierte Valdés Dal-Ré, cuando exista colisión entre los derechos de ambos, (*empresa de tendencia* y trabajador), la situación debe ser resuelta conforme al denominado *test de proporcionalidad*: “un derecho no puede ser comprimido más de lo que resulte estrictamente adecuado para garantizar el derecho, indispensable o necesario para salvaguardarlo y proporcional entre el sacrificio del derecho y el bien que se defiende”.<sup>754</sup> Considerando, además, que la confluencia de derechos constitucionales de distintos sujetos, todos ellos del mismo rango, obliga a

<sup>753</sup> MORENO BOTELLA, G., *Libertad de conciencia del trabajador en empresas ideológicas confesionales*, op. cit., p. 226.

<sup>754</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F., “Libertad religiosa y contrato de trabajo” op. cit., p. 575.

realizar una ponderación.<sup>755</sup> En este tipo de contextos, la libertad de expresión del trabajador se halla limitada por la coexistencia simultánea de una relación laboral en una empresa considerada de *tendencia*. A pesar de ello, en ningún caso puede confundirse esta *modulación* del ejercicio de la libertad de expresión del trabajador en una empresa ideologizada con una privación absoluta de este derecho constitucional. Se necesita la concurrencia de ciertos presupuestos para que las divergencias ideológicas del trabajador dependiente en una *empresa de tendencia* reúnan los requisitos suficientes como para legitimar el despido disciplinario.<sup>756</sup> Y es que, cuando falta alguno de estos presupuestos, el cese estaría encubriendo un despido discriminatorio y por ello nulo (art. 55.5. ET). Estos requisitos, extraídos de diversas decisiones jurisprudenciales, que legitimarían la procedencia del despido disciplinario por motivos ideológicos en *empresas de tendencia* pueden resumirse en los siguientes que pasamos a examinar a continuación.<sup>757</sup>

<sup>755</sup> “Es constitucionalmente adecuado partir de una ponderación entre el derecho a la libertad de expresión alegado por la trabajadora demandante y el ideario o ideología del empresario del hospital (...). Nuestra jurisprudencia, cuando ha tenido que referirse al ideario de los centros docentes privados siempre ha sido en relación o en contraposición a otro derecho fundamental, la libertad de cátedra que la CE consagra en el art. 20. 1. c, e intentando encontrar un equilibrio en el ejercicio superpuesto de ambos derechos”, (STC 106/1996, de 12 de junio).

<sup>756</sup> STSJ de Andalucía de 22 de febrero de 2002 (AS 2002/3992). Un colegio cuyo ideario es del *Opus dei* despidió a un profesor, alegando la necesidad de reducir la plantilla para recuperar el equilibrio de la empresa. Dicho trabajador alega la existencia de un verdadero móvil discriminatorio en el aparente despido objetivo, puesto que había sido el único profesor que se había opuesto a la práctica de la «preceptuación» en horas lectivas, alegando que «le obligaba a interrumpir constantemente la clase». El juzgado de lo social declaró la nulidad del despido, decisión que ratifica el TSJ.

<sup>757</sup> De no respetarse la concurrencia simultánea de todos ellos el despido disciplinario se convierte en “un despido efectuado con vulneración de su derecho fundamental a la libertad de expresión, (...) decisión que no puede dejar de considerarse como radicalmente nula (...). En consecuencia, la sanción disciplinaria de la empresa (si no respeta estos requisitos) contra las manifestaciones vertidas por el trabajador ha sido constitucionalmente ilegítima por tratarse de una reacción desproporcionada (...) con la ineludible consecuencia de declarar la nulidad del despido disciplinario” (STC 20/2002, de 28 de enero).

Otras veces la causa de nulidad radica no sólo en la vulneración de la libertad de expresión (art. 20. 1. a CE) sino también en la libertad ideológica (art.16. 1. CE), y en derecho fundamental a la igualdad (art.14 CE): entre otras STSJ de Andalucía, Sevilla, (Sala de lo Social) de 22 de febrero de 2002 (AS 2002/3992) y STC (Sala Primera) de 12 de junio de 1996 (RTC 1996/106).

Debe tratarse de una empresa abiertamente declarada como *empresa de tendencia*. Es decir: que en su posición en el mercado influya notablemente la línea ideológica que declara profesar y respetar. Por lo tanto, es imprescindible que los clientes conozcan el ideario de la empresa en cuestión y que el producto o servicio se ofrezca ante el público revestido del valor añadido que le ofrece su impronta ideológica. Teniendo éste en cuenta la jurisprudencia matiza que la ideología no se ha de predicar del *titular de la empresa*, sino de *la empresa* en cuestión, y es precisamente esta cuestión la que en la práctica genera más controversias. Por ello debe incidirse en el hecho de que, puede ocurrir que el titular de una empresa tenga una marcada afinidad con determinada ideología social, política o religiosa, pero que tal vinculación no se deje traslucir en el objeto de su actividad empresarial, o a la inversa.<sup>758</sup>

Desde otro punto de vista, para poder imputarle a un trabajador un incumplimiento laboral por disenso ideológico de gravedad tal, que justifique un despido disciplinario, por vía del art. 54.2. del ET, apartados b) o d),<sup>759</sup> la

<sup>758</sup> Sirva como ejemplo la STC 106/1996 (RTC 1996/106). En esta ocasión se discute si un hospital cuya titularidad detenta una orden religiosa puede ser calificado o no como verdadera *empresa de tendencia*. El Tribunal manifiesta que “la relación laboral no se concertó con la entidad que era portadora de dicho ideario sino con una empresa dependiente de la misma pero con distinta función social, a la que por esa razón, dicho ideario no se extiende directamente”. De esta manera se justifica que las obligaciones laborales debían ajustarse únicamente a un nivel usual o común de buena fe y no a la buena fe reforzada que caracteriza las relaciones que se entablan con empresas de tendencia.

Y es que: “La ideología puede ser aplicable a la entidad titular, en cuanto portadora de la ideología respecto a los trabajadores vinculados por contrato laboral con ella. Pero no puede entenderse que lo sea también respecto a aquellos trabajadores que prestan sus servicios en una empresa, que aún siendo instrumental o subordinada de aquella, posee una finalidad y desarrolla una actividad social que es distinta”.

<sup>759</sup> Artículo 54. Despido disciplinario. 1. El contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador. 2. Se considerarán incumplimientos contractuales: a) Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo. b) La indisciplina o desobediencia en el trabajo. c) Las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos. d) La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo. e) La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado. f) La embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo. g) El acoso por razón de origen racial o

prestación de servicios en la que se quiere entrever la conducta lesiva debe repercutir en actividades íntimamente ligadas con los fines ideológicos que la organización persigue. Esto nos obliga a distinguir, como hemos visto antes, entre trabajadores que realizan actividades conexas con la tendencia y aquellos otros, cuyas actividades están cargadas de una amplia dosis de neutralidad.<sup>760</sup> Y es que incluso tratándose de *empresas de tendencia* serán irrelevantes las manifestaciones o expresiones de trabajadores que lleven a cabo labores meramente complementarias o accesorias en el tipo de producción que finalmente se ofrece al mercado, es decir, de *trabajadores no portadores de tendencia*. Los despidos disciplinarios que puedan plantearse por la vía de la trasgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza, art. 54.2.d, conllevan una vulneración del deber de buena fe que al trabajador impone el art. 5 a) y 20.2. del ET. En el *trabajador portador de tendencia o ideológico* reviste extraordinaria importancia el aspecto fiduciario o *intuitu personae*, lo que obliga a considerar la posible violación del deber de buena fe también con respecto a la vida privada del trabajador si la misma incide directamente en la prestación debida, ya que lo fundamental en este tipo de organizaciones es la consecución de un fin ideológico. Y, en este sentido, los trabajadores deberán abstenerse de comportamientos que puedan perjudicar la consecución de aquel fin. Ahora bien, para valorar la buena fe, es necesario

---

étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa.

<sup>760</sup> La necesidad de conexión entre actividad del trabajador y fin ideológico de la organización aparece como requisito indispensable para la doctrina dominante tanto alemana como italiana. En este sentido y a modo de ejemplo *Vid.* para Alemania DIEZT-RICHARDI, *Betriebsverfassungsgesetz*, JI, München 1982. Para Italia, entre otros *Vid.* MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, II. Il recesso straordinario. Il negozio di recesso, Milano, 1965. ROMBOLI, *Libertà d'insegnamento e organizzazione di tendenza*, in Foro Italiano, 1978, IV.

que exista una clara relación de causalidad entre comportamiento del trabajador y prestación debida.<sup>761</sup>

Debe tratarse también de una *conducta activa*: es decir, se necesita que la discrepancia del trabajador con la línea ideológica empresarial haya tenido alguna clase de manifestación o de exteriorización.<sup>762</sup> Por este motivo, resultarán totalmente intrascendentes las simples opiniones, sospechas o deducciones del empresario de que uno de los trabajadores no comparte o diverge de la tendencia empresarial siempre que no se pueda probar que hayan tenido alguna clase de manifestación o repercusión en conductas externas, e incluso las manifestaciones de opinión realizadas en un contexto tal (ya sea profesional o personal) al que no se le puede atribuir trascendencia suficiente como para poder perjudicar la imagen de la empresa en el mercado y con ella, la aceptación de la demanda.<sup>763</sup>

<sup>761</sup> MORENO BOTELLA, G., *Libertad de conciencia del trabajador en empresas ideológicas confesionales*, op. cit., p. 261.

<sup>762</sup> “Para que el despido por motivos de carácter ideológico fuese lícito habrá que demostrar que hubo no sólo disconformidad, sino fricciones contra los criterios del centro, consistentes en actos concretos y en una actividad contraria (o al menos no ajustada) al ideario (...). Los hechos que se invoquen para justificar el despido ideológico deberán ser claros y concretos y no deberían estar aludidos en fórmulas que por su generalidad dificulten su prueba”. “Al no probarse que hubo fricciones entre los criterios del centro o actividad profesional desarrollada en forma contraria o no ajustada al ideario del centro sólo quedaría en pie la imputación por la empresa, no desmentida por la profesora la disconformidad (interna) de ésta con los criterios o idearios del centro, pero disconformidad no exteriorizada, y en cuanto a tal no invocable como causa justa de despido”. “A falta de hechos probados, debió calificar el despido como discriminatorio con arreglo al art. 17. 1. ET, íntimamente relacionado con el art. 16 CE”. (STC 47/1985, de 27 de marzo).

<sup>763</sup> Esta exigencia de *conducta activa*, hace irrelevantes los meros pensamientos, opiniones o creencias íntimas del trabajador, aunque sean contrarias a la ideología de la empresa de tendencia para la que trabaja, siempre que no repercutan o afecten al ejercicio de su prestación de servicios. En este sentido se pronuncia el TC al declarar que: “El respeto, entre otros, a la libertad ideológica constitucionalizada en el art.16 implica así mismo que la simple disconformidad de un profesor respecto al ideario del centro no puede ser causa de despido, si no se ha exteriorizado o puesto de manifiesto en alguna de las actividades del centro” (STC 47/1985, de 27 de marzo). Por este motivo, aunque el tribunal admite que “una actividad docente hostil o contraria al ideario de un centro docente puede ser causa legítima de despido del profesor al que se le impute tal conducta”, exige también que los hechos constitutivos de ataque al ideario del centro resulten probados. Puesto que sólo podrán ser objeto de prueba aquellas circunstancias que pertenezcan al mundo de los hechos y no simples opiniones personales.

Por último, la conducta del trabajador objeto de desaprobación debe tener *entidad bastante* como para considerarla atentatoria contra intereses empresariales o contra la imagen de la organización.<sup>764</sup> Por este motivo la conducta del trabajador debe ser claramente hostil contra la ideología empresarial;<sup>765</sup> y constituir un ataque (abierto o solapado) a la ideología del ente para el que presta el servicio.<sup>766</sup> El despido estaría más que justificado cuando se cometieran actos definibles como de *concurrentia desleal ideológica*, esto es, comportamientos o declaraciones que, además de traducirse en manifestaciones ideológicas contrarias, estén acompañadas de una propaganda susceptible de dirigir a los destinatarios del mensaje de la organización (e, incluso, a la sociedad en general) a una concepción totalmente distinta.<sup>767</sup>

Si no se cumple esta exigencia de gravedad, el despido disciplinario sería improcedente, pues a través de él se estarían limitando excesivamente las libertades constitucionales del trabajador. Y es que, para legitimar el despido disciplinario por motivos ideológicos en las *empresas de tendencia*, no

<sup>764</sup> La conducta del trabajador ha de traspasar el límite de la buena fe contractual, “y suponer una violación grave del deber de lealtad hacia la empresa, con evidente trascendencia negativa para su prestigio”, (STC de 28 de enero de 2002). En otras palabras: “no cualquier actividad o incumplimiento del trabajador sirve para justificar el despido disciplinario (ni siquiera en las empresas de *tendencia*), sino que sólo será relevante el incumplimiento que tenga base real y ofrezca suficiente consistencia, bien entendido que no cualquier motivo sirve para justificar el despido, porque de lo contrario el empresario podría encubrir un despido discriminatorio bajo el pretexto de pequeños incumplimientos contractuales”, (véase la ya citada STSJ de Andalucía de 22 de febrero de 2002).

<sup>765</sup> El empresario debe probar la realidad de unos hechos que, puestos en su contexto, merezcan la sanción del despido, y hay que descartar que el mismo sea discriminatorio. Debe probar que el comportamiento del trabajador rebasa los límites de la libertad de expresión porque es ofensivo y se trata de la exteriorización pública de un menosprecio, injustificado y excesivo, (*cfr.* STC 106/1996, de 12 de junio).

<sup>766</sup> La STSJ de Andalucía de 22 de febrero de 2002 (As. 2002/3992) reproduce las palabras de la STC 47/1985: “A tal efecto basta con recordar que una actividad docente hostil o contraria al ideario puede ser causa legítima de despido con tal de que los hechos constitutivos de ataque abierto o solapado al ideario del centro resulten probados.”

<sup>767</sup> BLAT GIMENO, F. R., *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, op. cit., p. 93 y ROJAS RIVERO, G.P.: *La libertad de expresión del trabajador*, op. cit., p. 213.

basta cualquier manifestación contraria o divergente del trabajador, sino que la sanción laboral más grave que prevé nuestro ordenamiento jurídico ante comportamientos del trabajador debe reservarse para los incumplimientos más graves de éste. Y precisamente esta *gravedad*, tal y como se ha expuesto, sólo se le puede atribuir a aquellas conductas que, por el contexto en el que se realizan, y por las funciones que tiene encomendadas el sujeto en cuestión dentro del ciclo productivo, se las considera potencialmente capaces de influir negativamente en la empresa. Ahora bien, esta exigencia de *proporcionalidad* no impide imponer otro tipo de sanciones disciplinarias para el trabajador que durante el desarrollo de su prestación laboral no se adecua a la ideología empresarial, pero dicha sanción deberá ser *proporcionada* al tipo de incumplimiento cometido.<sup>768</sup>

Si el despido disciplinario por motivos ideológicos no se ajusta a estos presupuestos se habrá producido un despido discriminatorio y con ello un despido nulo (55.5. ET), puesto que se habrá coartado injustificadamente la libertad de expresión (art. 20.1. CE) y libertad ideológica (art. 16.1. CE) del trabajador que en la mayor parte de los casos aparecen íntimamente vinculadas. En definitiva, la concurrencia simultánea de estos cuatro presupuestos, que ha de probar el empresario, es lo que determinará la frontera sutil entre la procedencia de un despido por motivos ideológicos en las

---

<sup>768</sup> El TC modula los incumplimientos empresariales. De esta manera, una sanción excesiva (como puede ser el despido disciplinario) estaría limitando injustificadamente la libertad de expresión del trabajador, lo que legitimaría la declaración de nulidad del despido. A pesar de que la propia ley califica directamente todo *abuso de confianza o trasgresión de la buena fe contractual* como falta grave (art. 54. 2. d ET) el TC viene exigiendo para legitimar la procedencia del despido disciplinario ideológico que las expresiones del trabajador, pretendidamente ofensivas para la ideología empresarial sean verdaderamente: “improcedentes o irrespetuosas, (...) o vejatorias en su contexto”, (STC 106/1996); (Atenuación de la literalidad del art. 54. 2. c y d ET que no comparte el Magistrado García-Mon, tal y como formula en su voto particular).



*empresas de tendencia*; y la declaración de nulidad radical del dicho cese por encubrir un móvil discriminatorio, o por imponer una restricción abusiva del ejercicio por el trabajador de sus libertades constitucionales, en cuyo caso necesariamente habrá de exigirse la readmisión del trabajador sin alternativas (art. 55.6).

Hasta aquí hemos visto el supuesto del despido disciplinario por un incumplimiento grave y culpable por parte del *trabajador de tendencia*. Sin embargo, en la mayoría de los casos, el despido por desviación ideológica del trabajador en estas organizaciones se sustanciará por la vía de la ineptitud sobrevenida no conocida, ni podida conocer, ni en el momento de efectuar el contrato ni después durante el periodo de prueba.<sup>769</sup> Estaríamos ante el supuesto de un trabajador que, por cambio en sus convicciones personales, ha dejado de compartir la ideología de la organización. Y en base a esta conversión le resulta imposible la continuación de la relación laboral de acuerdo con unas directrices que ya no comparte. En estos casos, si el trabajador, debido al cambio operado en sus ideas, no puede válidamente realizar una prestación de contenido ideológico, hay que hablar de ineptitud sobrevenida por causas a él no imputables y no de incumplimiento contractual. Pues la imposibilidad excluye el incumplimiento de la obligación contractualmente asumida. Estaríamos en presencia de un despido objetivo por ineptitud sobrevenida del trabajador del artículo 52.a) del ET.

---

<sup>769</sup> ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E., *Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 285.

Ahora bien, resulta obvio que, en cualquier caso, no es posible considerar como causa de ineptitud sobrevenida el mero cambio ideológico del prestador del servicio, aunque haya llegado a conocimiento de la empresa, cuando esta evolución se haya mantenido en todo momento en su esfera personal, sin ser objeto de manifestaciones expresas susceptibles de dañar la buena imagen de la empresa y sin vulnerar su deber legal de buena fe.<sup>770</sup> Por tanto, antes de llegar a plantear en abstracto la posibilidad de recurrir al artículo 52.a) ET para poner fin a una prestación laboral de servicios, es necesario advertir que, como en cualquiera de sus aplicaciones prácticas, tal ineptitud debe quedar *suficientemente probada*, a través de sus manifestaciones externas de entidad bastante como para poder considerar que se ha dañado la imagen de la empresa. En caso contrario, pretender estimar que existe una modificación con trascendencia jurídica en las condiciones personales del trabajador por el mero hecho de variar sus circunstancias personales, en este caso sus convicciones, carecería de una base objetiva y razonable y pasaría a constituir un ejemplo de *discriminación empresarial* del trabajador por sus circunstancias personales, lo que generaría no sólo la nulidad del despido (artículos 17 y 55.5. ET) sino también la imposición al empresario de una sanción muy grave por incumplimiento de sus obligaciones laborales (artículo 8.12. LISOS).

Existen importantes diferencias prácticas entre el despido disciplinario procedente (en el que se extingue el contrato de trabajo sin que el trabajador tenga derecho a indemnización) y la extinción del contrato por causas objetivas

---

<sup>770</sup> GOÑI SEIN, J. L., *El respeto a la esfera privada del trabajador*, op. cit., pp. 258 y 259.

(en cuyo caso el trabajador tendrá derecho a una indemnización de 20 días de salario por año trabajado). Si bien, en estos casos de ineptitud sobrevenida por cambio en las convicciones, entendemos que también sería apropiado exigir un intento de acomodo razonable siempre que así lo solicitara el trabajador a fin de salvaguardar su puesto de trabajo. Nos referimos a una obligación del empresario de intentar adscribirle a otras tareas o prestaciones que fueran compatibles con su disenso ideológico, con su cambio de creencias o convicciones, lo que en la mayoría de los casos se sustanciaría adscribiendo al trabajador a tareas neutras, no ligadas con la tendencia.

Respecto a los trabajadores que desempeñan tareas neutras, tan sólo debería pretenderse de ellos que se muestren, en caso de disenso ideológico (pues no tendrían por qué estar conformes internamente con el mismo), al menos, respetuosos con el ideario y que no lo atacaran de un modo beligerante y notorio. Y, ¿en qué se materializaría ese respeto? Pues, precisamente, en evitar realizar cualquier actividad o expresar cualquier opinión o juicio, susceptibles, por su naturaleza, notoriedad, gravedad o intencionalidad, de lesionar el ideario de un modo tal que dificulte o imposibilite su vigencia efectiva.<sup>771</sup>

---

<sup>771</sup> BLASCO JOVER, C., *El derecho a la cláusula de conciencia de los profesionales de la información*, op. cit., p. 229.

## VIII. CAMBIO IDEOLÓGICO DEL EMPRESARIO EN LA *EMPRESA DE TENDENCIA*

El supuesto más frecuente en la práctica y más estudiado es, sin duda, el cambio ideológico que puede experimentar el trabajador que presta una colaboración productiva en una empresa declarada de *tendencia*; pero también puede presentarse el supuesto contrario, es decir, la propia entidad productiva es la que transforma la ideología que en un principio orientaba su actividad. Aunque se trata de un fenómeno poco frecuente en la práctica, puede ser una de las consecuencias inevitables en los casos en los que se produce una sucesión de empresas, (según lo previsto en el artículo 44 ET).

Cuando hablamos de cambio ideológico del empresario es imprescindible la *sustancialidad* de ese cambio. La doctrina científica viene señalando que el cambio ha de ser notorio, posible de apreciar por un observador externo, no basta la alegación de meras conductas a nivel interno de la dirección del medio, etc.; y sustancial en el grado de importancia, relevante y, quizá, también, deliberado.<sup>772</sup> Lo que ya no importa es cuáles son las razones del cambio, que se puede deber a motivos diversos: cesión del medio a otro propietario, un cambio significativo en el accionariado, etc. El carácter sustancial del cambio significa, también, que ha de ser objetivo y reiterado; es decir, ha de ser evaluado como evidente e indubitado no sólo por quien invoque en beneficio propio ese cambio, sino por el conjunto mayoritario

<sup>772</sup> En este sentido, BAZ RODRÍGUEZ, J., “La cláusula de conciencia de los periodistas profesionales de los medios de comunicación del ar1. 20. 1. d CE: un supuesto de ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador en la empresa” (I y II), en *Actualidad Laboral*, nº 3, 1994, p. 737.

de la empresa; y, asimismo, dicha evidencia ha de permitir su apreciación por el público.<sup>773</sup>

En sentido estricto esta transformación obligaría al sujeto que presta el servicio a reorientar el objeto de su actividad laboral y a ser respetuoso con una ideología distinta a la que orientaba la actividad de la empresa en el momento en que se realizó su contratación.

Se trata ahora de discutir si cabe solicitar la rescisión indemnizada de la relación laboral apoyándose en una modificación sustancial de las condiciones de trabajo,<sup>774</sup> utilizando la posibilidad legal conferida por el artículo 41 ET<sup>775</sup>

---

<sup>773</sup> CARRILLO, M., “Expresión e información: dos derechos entre la sociedad y el Estado” en *Autonomías*, nº 21, 1996, p. 195.

<sup>774</sup> Puede utilizarse para sustentar este argumento la STC 225/2002, de 9 de diciembre que admite que un profesional que trabajaba para una empresa editora utilice la llamada «cláusula de conciencia» cuando la empresa para la que prestaba sus servicios, manifiestamente afín a una tendencia ideológica concreta, cambió radicalmente de ideología.

<sup>775</sup> Artículo 41. Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo. 1. La dirección de la empresa podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Se considerarán tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa. Tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a las siguientes materias: a) Jornada de trabajo. b) Horario y distribución del tiempo de trabajo. c) Régimen de trabajo a turnos. d) Sistema de remuneración y cuantía salarial. e) Sistema de trabajo y rendimiento. f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39. 2. Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo podrán afectar a las condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por estos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos. Se considera de carácter colectivo la modificación que, en un periodo de noventa días, afecte al menos a: a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores. b) El diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores. c) Treinta trabajadores, en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores. Se considera de carácter individual la modificación que, en el periodo de referencia establecido, no alcance los umbrales señalados para las modificaciones colectivas. 3. La decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual deberá ser notificada por el empresario al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de quince días a la fecha de su efectividad. En los supuestos previstos en las letras a), b), c), d) y f) del apartado 1, si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial tendrá derecho a rescindir su contrato y percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses. Sin perjuicio de la ejecutividad de la modificación en el plazo de efectividad anteriormente citado, el trabajador que, no habiendo optado por la rescisión de su contrato, se muestre disconforme con la decisión empresarial podrá impugnarla ante la jurisdicción social. La sentencia declarará la modificación justificada o injustificada y, en este último caso, reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones. Cuando con objeto de eludir las previsiones contenidas en el apartado siguiente, la empresa

ante nuevas situaciones. En este supuesto, la pretendida modificación sustancial, (el cambio de orientación ideológica) se apoyaría en otro tipo de causa diferente a las que se enumeran expresamente en el texto de la ley, (confiriéndoles valor ejemplificativo). En este supuesto, los trabajadores que se declaren incompatibles con la nueva orientación ideológica del centro de trabajo tendrán derecho a resolver unilateralmente la relación de trabajo con una indemnización de veinte días de salario por año de servicio conforme al artículo 41.3. ET.

Desde otro punto de vista, también cabe permitir la extinción del contrato de trabajo a voluntad del trabajador con derecho a percibir una indemnización idéntica a la del despido improcedente, pero no ya en virtud de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo basada en necesidades técnicas, organizativas o de producción, sino en *incumplimientos graves por parte del empresario de sus obligaciones laborales* del artículo 50.1.c) ET. Podría estimarse que la sucesión no ha respetado las garantías que, en aras a la conservación de los derechos de los trabajadores, exige imperativamente el artículo 44 ET, ya que el nuevo empresario está obligado a subrogarse en los mismos derechos y obligaciones que tenía el anterior. De tal forma y, como excepción, el trabajador puede seguir ejecutando su prestación de servicios exactamente en las mismas condiciones en las que se pactó inicialmente, y por tanto, puede seguir ajustándose a la línea ideológica que mantenía la empresa antes de la subrogación, aunque el nuevo adquirente no la comparta. Si la

---

realice modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo en periodos sucesivos de noventa días en número inferior a los umbrales que establece el apartado 2 para las modificaciones colectivas, sin que concurran causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas modificaciones se considerarán efectuadas en fraude de ley y serán declaradas nulas y sin efecto.

empresa adquiriente, a pesar de las obligaciones de subrogación que le impone el artículo 44 ET, decide reorientar imperativamente la prestación laboral de los trabajadores para adecuarla a su nueva tendencia, es precisamente entonces dónde entra en juego la posibilidad del trabajador de extinguir voluntariamente su contrato de trabajo, pero ahora con derecho a percibir una indemnización más alta (33 días por año trabajado, artículo 50.2. ET en relación con el artículo 56.1.).

Por nuestra parte defendemos el derecho del trabajador de una *organización de tendencia* a solicitar la extinción indemnizada del contrato de trabajo a su voluntad una vez se haya originado ese cambio de *tendencia*. De manera que ante un cambio sustancial de la tendencia, bien por evolución ideológica del mismo empresario o titular de la organización, bien por un cambio en la titularidad, en el caso de una sucesión de empresas, el trabajador podría optar por la rescisión indemnizada vía artículo 50.2. ET.

Esta facultad se traduciría en un efecto práctico semejante al que genera la cláusula de conciencia que regula la LO 2/1997 de Libertad de Conciencia de los Profesionales de la Información en su artículo 2.<sup>776</sup> Si bien con una marcada diferencia en su fundamentación, pues aquella tiene una vertiente exclusivamente individual, protegería la libertad de conciencia del trabajador, y ésta, no sólo protege la libertad ideológica del periodista, sino que tiene una

---

<sup>776</sup> Art. 2. 1. En virtud de la cláusula de conciencia, los profesionales de la información tienen derecho a solicitar la rescisión de su relación jurídica con la empresa de comunicación en que trabajen: a) Cuando en el medio de comunicación con el que estén vinculados laboralmente se produzca un cambio sustancial de orientación informativa o de línea ideológica; b) Cuando la empresa les traslade a otro medio del mismo grupo que por su género o línea suponga una ruptura patente con la orientación profesional del informador. 2. El ejercicio de este derecho dará lugar a una indemnización que no será inferior a la pactada contractualmente, o en su defecto la establecida por la ley para el despido improcedente.

dimensión institucional tendente a proteger la formación de una opinión pública veraz. La cláusula de conciencia del periodista, dicho de otra forma, no se agotaría en una dimensión individual en cuanto derecho subjetivo del profesional tendente a proteger su libertad ideológica; también poseería otra dimensión, la objetiva o institucional,<sup>777</sup> y ello porque la libre transmisión de informaciones veraces, garantía de una opinión pública libre y no manipulada y el derecho de todo ciudadano a elegir y a acudir a la información que ya ha sido elaborada,<sup>778</sup> sería lo que protegería de un modo inmediato y último el derecho fundamental a la cláusula de conciencia.<sup>779</sup> Y así, como señala Blasco Jover, es por esta dimensión objetiva de la cláusula y por la función social que se ha predicado de la labor periodística por la que no puede considerarse que se esté ante un privilegio corporativo de una clase social del que no participarían otros ciudadanos que, en un momento dado, pueden necesitar de su protección.

Finalmente, debemos plantearnos un último asunto, que constituye precisamente el objeto de estudio de este trabajo, y que implica preguntarse si sería factible que, antes de que el trabajador extinga su contrato con la empresa, se intente su acomodo razonable en la misma, es decir, que se intente por parte del empresario la reubicación del trabajador en tareas o funciones con una menor o nula carga ideológica.

---

<sup>777</sup> Así, *vid.* la segunda sentencia del TC sobre la materia, STC 225/2002, de 9 de diciembre, FJ 4.

<sup>778</sup> URÍAS, J., *Lecciones de Derecho de la información*, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 120 y ss.

<sup>779</sup> Es de reseñar que así se pronuncia también la Exposición de Motivos de la ley de desarrollo, LO 2/1997: “La Constitución Española de 1978 ha introducido en su parte dogmática el reconocimiento del derecho de los profesionales de la información a la cláusula de conciencia. Y si bien es cierto que este derecho estaba ya reconocido por la legislación ordinaria, con diferentes grados de garantía, en diversos Estados democráticos, la aportación del texto constitucional español ha sido la de integrarlo como elemento constitutivo del derecho fundamental a recibir y comunicar información”.



En la doctrina encontramos básicamente dos posturas al respecto. De una parte, hay quien opina que, una vez ocurrido el supuesto de hecho desencadenante del derecho del trabajador, el cambio sustancial de *tendencia*, no se sostiene la permanencia de éste en la empresa, por propia iniciativa del mismo. Otra cosa sería que el profesional esté dispuesto a pasar a una tarea neutra a fin de no perder el empleo.<sup>780</sup> De otra parte, hay quien considera que sólo cuando no fuera posible legal, física o económicamente ubicar al profesional en otros ámbitos o secciones, deberá procederse, como solución última, a la extinción contractual.<sup>781</sup> Se ha entendido por esta parte de la doctrina que el empresario no actúa de forma honesta, correcta y leal (de acuerdo a las exigencias de buena fe) si colocara al profesional en la disyuntiva de incumplir sus obligaciones laborales respetando su conciencia o perder su libertad de conciencia y cumplir con las obligaciones laborales, sin antes intentar, al menos, salvar o solucionar en lo posible esta contradicción. ¿Cómo? A través de una fórmula, como es la del acomodo razonable, por la que se logra, qué duda cabe, la menor afección a los derechos fundamentales del trabajador.<sup>782</sup>

A nuestro entender, no parece oportuno sostener que, una vez efectuada la reorientación ideológica de la empresa, el trabajador de *tendencia* tenga que acomodarse necesariamente en la reubicación que le ofrece el

<sup>780</sup> Concretamente respecto al ejercicio de la cláusula de conciencia de los periodistas: ROJAS RIVERO, G. P., *Cláusula de conciencia y extinción del contrato*, op. cit., p. 78.

<sup>781</sup> CALVO GALLEGÓ, F. J., “La cláusula de conciencia de periodistas e informadores”, en *Relaciones Laborales*, vol. II, 1995, pp. 131 y 132, Vid. ESCOBAR ROCA, G., *Estatuto de los periodistas. Régimen normativo de la profesión y organización de las empresas de comunicación*, Tecnos, Madrid, 2002.

<sup>782</sup> Si se proyecta la doctrina constitucional que afirma la obligación del empleador de adaptar el esquema organizativo y tomar la decisión de gestión que genere el menor sacrificio posible de los derechos fundamentales del trabajador (SSTC 1999/94 y 106/1996) tendríamos que concluir que éste tiene derecho a la adaptación o acomodo razonable.

empresario. Ante un conflicto como el que se plantea, la opción pasaría, por exigir al empresario un acomodo razonable. Este acomodo, sin embargo, sería opcional para el trabajador, que siempre podría optar por la rescisión indemnizada vía artículo 50. ET.

### **VIII. 1. CAMBIO IDEOLÓGICO EN LA EMPRESA DE COMUNICACIÓN: LA CLÁUSULA DE CONCIENCIA DEL PROFESIONAL DE LA INFORMACIÓN**

Como se ha venido indicando, la empresa informativa puede ser catalogada como *empresa de tendencia* desde el mismo momento en que aparezca hacia el exterior como portadora y difusora de una determinada corriente de pensamiento y así sea reconocida públicamente. A salvo de los profesionales encargados de secciones o materias de por sí ideológicamente neutras, qué duda cabe de que existen otros cuya actividad está estrechamente ligada al ideario, esperándose de ellos que contribuyan a la divulgación de los productos informativos de un modo acorde a la peculiar idiosincrasia empresarial.<sup>783</sup>

Una vez asentado esto, la cuestión que vamos a tratar en este epígrafe es la protección del derecho a la libertad de conciencia de los profesionales de la información ante un cambio sustancial en la línea ideológica del medio para el que prestan sus servicios laborales, la cuestión radicarán en averiguar de qué modo puedan compatibilizarse los derechos e intereses de ambas partes. Es

---

<sup>783</sup> BLASCO JOVER, C., *El derecho a la cláusula de conciencia de los profesionales de la información*, op. cit., p. 221.

sumamente importante entender que de lo que se trata es de armonizar dos derechos fundamentales: la libertad ideológica del profesional y la misma del empresario informativo de tendencia. No puede sacrificarse uno en favor del otro, porque es incompatible con el orden constitucional una regla que establezca, con carácter general, la prevalencia absoluta de un derecho de igual tutela constitucional que el otro contrapuesto, esto es, la supremacía del interés organizado de la empresa de tendencia sobre el derecho individual del trabajador a sostener las creencias políticas, religiosas, filosóficas o éticas que estime convenientes.<sup>784</sup>

Según el artículo 20.1.d) CE: Se reconocen y protegen los derechos: (...) “A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades”. El instrumento legislativo en que se concreta este artículo constitucional *in fine* es la LO 2/1997, de 19 de junio, Reguladora de la Cláusula de Conciencia de los Profesionales de la Información.

El titular de este derecho subjetivo a la cláusula de conciencia, como especifica el artículo 1 de la citada Ley, no es otro que el profesional de la información.<sup>785</sup> Son los profesionales del periodismo, entonces, los titulares de este derecho *ex Constitutione*, indiferentemente, dice la doctrina mayoritaria, de

---

<sup>784</sup> RODRÍGUEZ PIÑERO, M., “No discriminación en las relaciones laborales”, en *Comentarios a las leyes laborales. Estatuto de los Trabajadores*, (AA.VV.), tomo V, Edersa, Madrid, p. 379. Vid. ALCOLEA, M., “La discriminación por razones ideológicas o políticas”, en *II Jornadas Luso- Hispano- Brasileñas del Derecho del Trabajo*, op. cit., pp. 682 y 683; BLAT GIMENO, F.R., *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, op. cit., p. 84.

<sup>785</sup> *Artículo 1.* La cláusula de conciencia es un derecho constitucional de los profesionales de la información que tiene por objeto garantizar la independencia en el desempeño de su función profesional.

la naturaleza del vínculo que mantengan con la empresa informativa. Subjetivamente, se considera irrazonable ceñir el disfrute del derecho a los periodistas asalariados, ya que la Constitución otorga este derecho a *todos* los periodistas sin distinción del tipo de nexo contractual que tengan concertado con la empresa.<sup>786</sup>

El contenido primordial en que se traduce el derecho a la cláusula de conciencia del profesional de la información ante la reorientación de la línea ideológica o informativa del medio de comunicación para el que trabaja es el derecho a solicitar la rescisión unilateral e indemnizada del contrato.<sup>787</sup> La exposición de este derecho subjetivo que asiste a los profesionales de la información nos lleva a indagar cuál podría ser el fundamento jurídico de este derecho a la extinción del contrato. Para ello partimos, en primer lugar, de que el conflicto que en estos casos se plantea se produce entre, por un lado, el derecho legítimo del empresario de mutar hacia otros posicionamientos y entre el interés, también legítimo, del profesional de la información de no permanecer en un medio en el que se ha producido aquella mutación. En segundo lugar, de

<sup>786</sup> Vid., entre quienes defienden este planteamiento, BLAT GIMENO, F.R., *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, op. cit., p. 193; CAPSETÀ CASTELLÀ, J., *La cláusula de conciencia periodística*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, pp. 157 y 158 y LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho eclesiástico del Estado. Derecho de la libertad de conciencia*, 2ª ed., Universidad Complutense, Madrid, 1991, p. 534. En contra, afirmando la laboralidad de esta materia, vid. BAZ RODRÍGUEZ, J., “La cláusula de conciencia de los profesionales de los medios de comunicación del artículo 20.1.d) CE: un supuesto de ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador en la empresa (I)”, en *Actualidad Laboral*, nº 47, 1994, p.732.

<sup>787</sup> Artículo 2. En virtud de la cláusula de conciencia los profesionales de la información tienen derecho a solicitar la rescisión de su relación jurídica con la empresa de comunicación en que trabajen: a) Cuando en el medio de comunicación con el que estén vinculados laboralmente se produzca un cambio sustancial de orientación informativa o línea ideológica. b) Cuando la empresa les traslade a otro medio del mismo grupo que, por su género o línea, suponga una ruptura patente con la orientación profesional del informador. 2. El ejercicio de este derecho dará lugar a una indemnización, que no será inferior a la pactada contractualmente o, en su defecto, a la establecida por la ley para el despido improcedente.

que el ideario de la empresa (y, por extensión, también la concreta forma de hacer periodismo) pasa a formar parte del objeto de la prestación.<sup>788</sup> Lo que quiere decir que el periodista no sólo se obliga a informar, sino que además ha de hacerlo teniendo en cuenta que debe reflejar, con su labor, la concreta línea de actuación empresarial. Ahora bien, esta especialidad en la prestación asumida, no puede hacer pensar que una obligación contractual del empresario sea mantener intacto el ideario o la concreta orientación informativa de que se trate. Sostener esto sería tanto como negar el ejercicio al empleador de sus derechos fundamentales a la libertad ideológica, a la libertad de expresión, a la libertad informativa o a la misma libertad de empresa o de iniciativa económica. Supondría permitir que las notas singulares que identifican, caracterizan y distinguen a la concreta entidad se *fossilizaran* desde el mismo momento de la constitución de la empresa y fueran totalmente impermeables a los diversos cambios y acontecimientos que podría tener lugar en la misma a lo largo del tiempo.<sup>789</sup> Desde esta perspectiva, por tanto, aunque es cierto que, en propiedad, puede hablarse de resolución cuando de extinguir el contrato vía cláusula de conciencia se trata resulta evidente también que, en tanto que no existe incumplimiento contractual alguno, técnicamente no puede decirse que el ejercicio de la cláusula de conciencia extintiva pueda fundamentarse en el art. 1124 Cc.

A nuestro parecer la solución pasaría por entender que la mutación ideológica o informativa habría provocado que la prestación resultara *inexigible*.

---

<sup>788</sup> Sobre la ubicación del fenómeno ideológico en el contrato de trabajo, *vid.* BLAT GIMENO, F.R., *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, *op. cit.*, pp. 85-87 y CALVO GALLEGÓ, F., *Contrato de trabajo y libertad ideológica*, *op. cit.*, pp. 158-162.

<sup>789</sup> BLASCO JOVER, C., *El derecho a la cláusula de conciencia de los profesionales de la información*, *op. cit.*, p. 117.

Con este término de la inexigibilidad de la prestación (concepto proveniente del ordenamiento alemán), se pretende dar cobertura a todos aquellos casos en los que el evento sobrevenido no determina una genuina imposibilidad (porque es todavía posible la prestación *in natura*), pero coloca al deudor, por motivo a él no imputable, en unas circunstancias que, de acuerdo con los principios de buena fe, equidad y abuso de Derecho, hacen que no le sea justamente exigible el cumplimiento de su obligación<sup>790</sup> y pueda quedar o bien liberado de la misma (por resultar comprometido de modo definitivo su futuro), o bien únicamente exonerado de la responsabilidad por incumplimiento.<sup>791</sup>

Compartimos la opinión de Blasco Jover cuando concluye: lo que da lugar al ejercicio del derecho fundamental a la cláusula es la actuación misma de la empresa informativa, que más allá de problemas de ilicitud o de incumplimientos, hace que la continuación del contrato sea moral o profesionalmente *inexigible* debido a la incompatibilidad de intereses legítimos de una y de otra parte de la relación informativa. Por causa imputable al empresario, el vínculo contractual no puede seguir existiendo porque han aparecido unos obstáculos extraordinarios que colocan al deudor de la prestación, al periodista, al borde de la imposibilidad, puesto que tales impedimentos sólo podría vencerlos mediante el sacrificio desproporcionado de otros valores o intereses que se han considerado por el ordenamiento como susceptibles de superior tutela, como son su libertad informativa e ideológica.

---

<sup>790</sup> Vid. DEL OLMO GUARIDO, N., *El caso fortuito: su incidencia en la ejecución de obligaciones*, Aranzadi, Pamplona, 2004, p. 125.

<sup>791</sup> De la segunda opinión, DEL OLMO GUARIDO, N., Ídem, p. 130. Para esta autora, este tipo de inexigibilidad en sentido estricto supondría *per se* una exoneración de la obligación de cumplir por parte del deudor de la prestación, pero no la extinción de la obligación. Sólo cuando se comprometiera definitivamente el futuro de la obligación que entiendo que es lo que sucede en los casos en los que se aplica la cláusula de conciencia ésta podría extinguirse.

El principio de buena fe actuaría, entonces, aquí, en la fijación del límite de lo debido, ya que, por su causa, no podría exigírsele al profesional que venciera, sin grave detrimento suyo, es decir, sacrificando aquellos valores, tal dificultad extraordinaria.<sup>792</sup>

## **VIII.2. POSIBILIDAD DE AUTOTUTELA EN EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA CLÁUSULA DE CONCIENCIA**

Una vez expuesta la posible fundamentación jurídica de este derecho a la cláusula de conciencia ante la modificación sustancial de la orientación informativa o línea ideológica de la empresa de comunicación, la cuestión que inmediatamente se suscita respecto del mismo es si la extinción causal del contrato con indemnización por voluntad del profesional de la información, que es la modalidad del derecho a la cláusula de conciencia que ahora importa, puede provocarse por la mera decisión de aquél en una autotutela inmediata, aunque después haya de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamar la indemnización, o si, por el contrario, es preciso mantener viva la relación laboral, permaneciendo en el puesto de trabajo en el momento de formular la demanda y mientras se sustancia el proceso.

---

<sup>792</sup> BLASCO JOVER, C., El derecho a la cláusula de conciencia de los profesionales de la información, *op. cit.*, p. 120.

El TC<sup>793</sup> resuelve la cuestión de una manera clara y tajante con el siguiente fundamento jurídico: El periodista tiene derecho a preservar su independencia ante situaciones de mutación ideológica desde el momento en que la considere realmente amenazada, evitando conflictos con la empresa de comunicación (que legítimamente puede alterar su línea ideológica) y riesgos de incumplimiento que, de permanecer en ella, pudieran darse y provocarle perjuicios por razón de su legítima discrepancia ideológica con la nueva tendencia editorial. Está fuera de duda, por tanto, que esa protección tan básica como tajante ofrecida por el artículo 20.1. d) CE incluye la inmediata paralización de la prestación laboral ante problemas de conciencia como los descritos, incluso con carácter previo al seguimiento de cauces jurisdiccionales y con independencia de cuáles sean los resultados del ejercicio posterior de dichas acciones. Y es que se debate en esos terrenos no ya la intensidad deseable en la tutela ofrecida por el derecho a la cláusula de conciencia, sino los niveles mínimos o elementales que hacen reconocible la cobertura constitucional examinada.

La cuestión relativa a la posibilidad de una dimisión previa, con posterior reclamación judicial de la indemnización no es sólo una cuestión procedimental o accesoria sino que afecta decisivamente al contenido del derecho, tal como deriva de los caracteres que la doctrina constitucional le viene reconociendo. A este respecto recordaremos que la misma sentencia citada afirma: la cláusula de conciencia no es sólo un derecho subjetivo sino una garantía para la formación de una opinión pública libre, ha de señalarse que la confianza que

---

<sup>793</sup> STC 225/2002, de 9 de diciembre, FJ 5.



inspira un medio de comunicación es decir, su virtualidad para conformar aquella opinión, dependerá, entre otros factores, del prestigio de los profesionales que lo integran y que le proporcionan una mayor o menor credibilidad de suerte que la permanencia en el medio del profesional durante la sustanciación del proceso, puede provocar una apariencia engañosa para las personas que reciben la información.<sup>794</sup> En este mismo sentido, y a mayor abundamiento, cabe recordar que el TC ya señalaba claramente en una sentencia de 1999 como los intereses jurídicos protegidos por este derecho no se limitan a la protección de la libertad de conciencia del profesional de la información: “La jurisprudencia constitucional ha declarado repetidamente que la libertad reconocida en el artículo 20.1. d) CE, en cuanto transmisión de manera veraz de hechos noticiables, de interés general y relevancia pública, no se erige únicamente en derecho propio de su titular sino en una pieza esencial en la configuración del Estado democrático, garantizando la formación de una opinión pública libre y la realización del pluralismo como principio básico de convivencia”.<sup>795</sup>

Para finalizar nos referiremos a un tema tan importante para este trabajo como es el de considerar si sería admisible que, antes de que el profesional de la información extinga su contrato con la empresa de comunicación, se intente su acomodo razonable en la misma, es decir, que se intente por parte del empresario la reubicación del periodista a tareas o funciones con una menor o nula carga ideológica. A nuestro entender, en este supuesto, igual que en el supuesto estudiado en el apartado anterior, (trabajador de tendencia en una

---

<sup>794</sup> *Ibidem*, FJ 4.

<sup>795</sup> STC 199/1999, de 8 de noviembre.

*empresa de tendencia* no informativa ante un cambio sustancial de la ideología de la misma), no parece oportuno sostener que, una vez efectuada la reorientación ideológica o informativa, el empresario tenga la obligación de acomodar en su prestación a los profesionales discrepantes con el cambio. Ante un conflicto como el que se plantea, la ley prevé una solución muy clara: la extinción indemnizada del contrato. Una opción distinta sería que voluntariamente el empresario ofreciera la reubicación y el profesional la aceptase o, a la inversa, que el profesional la solicitara y el empresario se la concediese. Pero, debe insistirse en que, más allá de tal voluntariedad, parece que no deba existir una obligación para el profesional de la información como la que aquí se plantea.<sup>796</sup>

---

<sup>796</sup> Un ejemplo de acomodo de la prestación pactada voluntariamente por las partes se encuentra en el artículo 5.4. del Estatuto de Redacción de Radiotelevisión andaluza, que señala: “cualquier profesional afectado por este Estatuto y asignado a un programa concreto podrá obtener un cambio de programa si cambia la línea del espacio o si se ha producido un relevo en la Dirección que pueda suponer un cambio de orientación del citado programa, siempre que esos cambios resulten lesivos para sus convicciones o su especialización profesional”.

## CONCLUSIONES

### I

#### **El ejercicio del derecho a la libertad de conciencia genera diversidad y exige respeto**

El concepto *libre desarrollo de la personalidad*, que el artículo 10.1. CE proclama como uno de los fundamentos del orden político y de la paz social, se cimienta en la dignidad innata que al ser humano le atribuye su conciencia. La conciencia es una percepción que le dicta al sujeto lo que debe hacer y no hacer, lo que es correcto y lo que no lo es; hasta el punto de que la coherencia entre convicciones de conciencia y conductas externas es justamente la base de la dignidad personal, entendida como merecimiento de respeto tanto de sí mismo como de los otros. Aunando esta idea de conciencia con la de la *originalidad* de cada individuo, podemos entender la conciencia como la causa singular que conforma las decisiones libres de cada ser individual en un momento determinado. La conciencia es el órgano de conformación ética del propio ser y esta singularidad de la conciencia de cada ser requiere, sin duda, libertad.

El *derecho a la formación de la conciencia* se configura como presupuesto del derecho a la libertad de conciencia y lo integra. La libertad de formación de conciencia es una libertad individual, personal e intransferible que permite al sujeto optar por una determinada cosmovisión, proceder a su

elaboración personal y, por supuesto, modificar o cambiar esta concepción como resultado de su propia evolución personal. La autorrealización personal propia de la *autenticidad* no debe, sin embargo, desconocer el hecho de que el rasgo general de la vida humana es el de su carácter fundamentalmente dialógico y, por tanto, también la formación de *mi identidad* y de *mi conciencia* es algo dialógico. Poner entre paréntesis la historia, la naturaleza, la sociedad, las exigencias de la solidaridad..., todo salvo lo que encuentro en mí, significaría eliminar a todos los candidatos que pugnan por lo que tiene importancia. Tampoco la persona es absolutamente libre en el ejercicio de sus determinaciones de conciencia, ello podría llevar a una situación de relativismo absoluto en el cual todo vale, dando lugar a un desconocimiento de los valores mínimos que deben informar cualquier sociedad. Si la conciencia es el encuentro consigo mismo, el Derecho es el encuentro con los demás.

El ejercicio del derecho a la libertad de conciencia genera inmediatamente diversidad de cosmovisiones o convicciones. Es el pluralismo, y no la uniformidad, el estado natural y sano de cualquier sociedad democrática. No debe sorprender que el pluralismo sea elevado a la categoría de principio superior de nuestro ordenamiento por el artículo 1.1. CE. El modelo pluralista es aquel que valora positivamente y protege el hecho mismo de la pluralidad ideológica y cultural. Ello implica que en cualquier sociedad democrática, el Estado debe conciliar los intereses legítimos de los diversos grupos y personas y convertirse en el garante del respeto mutuo. El respeto mutuo que debe regir necesariamente la diversidad sirve de apoyo para la construcción de un mínimo común ético derivado de los valores superiores y

fundamentales del ordenamiento y para garantizar la cooperación social y la estabilidad política. Es el ideal de una sociedad en la que los ciudadanos llegan a un *consenso entrecruzado* sobre los principios políticos de base.

El interculturalismo o el modelo intercultural se presenta como el sistema de gestión del pluralismo más enriquecedor para la sociedad en general por basarse en la interrelación. La interculturalidad es la presencia e interacción equitativa de diversas culturas, cosmovisiones, ideologías, creencias o convicciones y la posibilidad de generar expresiones culturales compartidas, adquiridas por medio del diálogo y de una actitud de respeto mutuo. El derecho a la libertad de conciencia, siendo universal, no puede quedar excesivamente filtrado por los parámetros culturales dominantes en una sociedad concreta en un momento determinado; es un derecho protagonizado en última instancia por el individuo, cuyo valor se predica no por la pertenencia al grupo, la etnia, la ideología o la religión, sino por su valor moral en sí y su pretensión de merecer igual consideración y respeto que los otros.

La laicidad positiva o abierta es el marco adecuado para que pueda operar el sistema intercultural. La laicidad, así entendida, descansa en dos grandes principios: la igualdad de trato y la libertad de conciencia. La igualdad de trato y la libertad de conciencia son principios morales cuya función es regular la acción del Estado, mientras que la neutralidad del Estado respecto a las distintas creencias o convicciones, su separación de cualquier Iglesia y el acomodo razonable de las convicciones son lo que podríamos denominar principios institucionales derivados de los principios de igualdad de trato y de

libertad de conciencia. La complejidad inherente a la laicidad se puede entender mejor cuando constatamos que comporta un conjunto de fines y de procedimientos. La laicidad positiva implica que se valora positivamente la libertad de conciencia, religiosa y no religiosa, libertad de convicción, pero no los contenidos concretos (creencias, convicciones, sentimientos o moral concretos) de esa conciencia. Este tipo de laicidad constituye una garantía para la libertad de conciencia y favorece su ejercicio, no sólo en su dimensión interna, sino también en sus manifestaciones externas, por lo que los poderes públicos quedan obligados a promover las condiciones necesarias para el reconocimiento y la garantía efectiva del ejercicio del derecho a la libertad de conciencia, permitiendo, por ejemplo, el acomodo razonable de las prácticas originadas por distintas creencias o convicciones.

El concepto de *práctica* supone el derecho a vivir conforme a las propias convicciones, a organizar la vida según ellas y, en general, el derecho a convivir con los demás de acuerdo a nuestras convicciones. Esto tiene amplísimas consecuencias: seguimiento de prescripciones alimentarias, respeto de días de descanso, cumplimiento de prácticas funerarias, uso de símbolos religiosos, cierta vestimenta y un largo *etcétera*. No se limita a las cuestiones relativas al culto, sino que se extiende a muchos aspectos de la vida de las personas; no puede limitarse a la esfera privada ni encerrarse en los estrictos límites del domicilio o de los lugares de culto. Pero en todo caso nos referimos a una única libertad: la capacidad de autodeterminación individual en relación con la propia cosmovisión, cuyo origen y fundamento puede encontrarse en un sistema tanto filosófico, como ideológico, ético, religioso...y

el derecho a esta libertad individual es el recogido por el artículo 16 CE. Es preciso partir de una concepción integral del derecho a la *libertad de conciencia*, como derecho fundamental básico de los sistemas democráticos, como un derecho generador de derechos, que engloba la libertad de pensamiento, la ideológica y la religiosa. Protege las creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia. El bien jurídico protegido se refiere a cualquier elección de una propia cosmovisión o concepción de la vida, es decir, al conjunto de creencias que sostienen al hombre, ya sean de origen religioso, filosófico o ideológico siempre que tengan la fuerza y cohesión suficiente para alcanzar el valor de una convicción moral profunda. Así, la libertad de conciencia protege junto a las creencias religiosas o espirituales, el ateísmo o convicciones tales como el pacifismo o el ecologismo.

Lo que justifica que las convicciones sean susceptibles y merecedoras de un trato especial, como lo es la adaptación o exención de una norma, es la facultad de búsqueda innata e inherente a todo ser humano. La facultad de búsqueda, no su objetivo, es la base del respeto político. Del respeto que tenemos por la conciencia de la persona, por la facultad de interrogación y búsqueda, se sigue que debemos respetar el espacio necesario para toda actividad que tenga la forma general de búsqueda del sentido último de la vida, excepto cuando la misma viola los derechos de los demás o se topa con un interés estatal de orden superior.

## **II**

### **El acomodo razonable como herramienta para la gestión de la conflictividad y para la cohesión social**

La situación actual de pluralidad y diversidad de convicciones exige al Estado regular y promover unas condiciones que aseguren que todos los ciudadanos pueden ejercer su derecho a la libertad de conciencia con la mayor amplitud posible. Si bien, esta misma diversidad implicará en muchas ocasiones la necesidad de adaptar el modo de ejercicio del derecho y afectará en algunos casos a otros derechos, también fundamentales, que se cruzarán con el derecho a la libertad de conciencia, o, en general, a otros intereses jurídicos, colisionando con los mismos. Ello nos obliga a buscar instrumentos que permitan la convivencia en la pluralidad y la garantía de los derechos al mismo tiempo. Es aquí donde encuentran sentido y justificación las llamadas prácticas de armonización con sus diferentes categorías instrumentales: acuerdos informales, ajustes concertados (acuerdos de voluntad libremente alcanzados) y acomodos razonables (acuerdo alcanzado ante un deber jurídico). Todas ellas son técnicas de gestión de situaciones concretas en las que confluyen potenciales conflictos o diferencias de percepción basadas en la pertenencia a una determinada identidad cultural o religiosa.

El acomodo razonable es un concepto jurídico que tiene su origen en el ámbito de las relaciones laborales. Como tal, es originario de Estados Unidos, donde empieza a utilizarse sobre la base de la Civil Rights Act de 1964. Desde Estados Unidos, el concepto se extenderá a Canadá. La Corte Suprema de



Canadá utilizó por primera vez en 1985 esta noción en un caso relativo a condiciones de trabajo sobre las que concurría una diferencia religiosa. El caso en cuestión se conoce como *Simpsons-Sears* y en el mismo el tribunal afirma que una norma aparentemente no discriminatoria, en este caso, un calendario de trabajo, puede tener un efecto discriminatorio indirecto sobre un empleado, en la medida en que limite o restrinja su libertad de religión.

El acomodo razonable consiste en la adaptación de una norma jurídica neutra con el objetivo de atenuar o eliminar el impacto que esta norma puede tener sobre un derecho o libertad constitucionalmente protegido, como por ejemplo, la libertad de conciencia. Para que el acomodo razonable pueda servir como verdadera herramienta de total integración, de cohesión social y de respeto por el derecho a la libertad de conciencia debe incorporarse a una norma jurídica, positivizarse y quedar reflejado en una norma de carácter general, como sería una futura Ley Orgánica de Libertad de Conciencia.

Con una obligación genérica de acomodo razonable las partes interesadas pueden llevar la negociación privilegiando un planteamiento que sea a la vez contextual, deliberativo y reflexivo. La dimensión contextual permite tener en cuenta el carácter singular de las situaciones individuales. Mediante la dimensión deliberativa, los actores entablan un diálogo mientras que la dimensión reflexiva les permite demostrar auto-crítica y corregirse si fuera necesario. El punto fuerte de este planteamiento es que puede ser adaptado a diferentes situaciones y que privilegia la responsabilidad de los interlocutores en un espíritu de respeto mutuo y de diálogo.

Desde esta perspectiva el acomodo razonable da respuesta a los supuestos de objeción de conciencia, entendida ésta como una manifestación intrínseca del derecho a la libertad de conciencia. Resolver en equidad los conflictos de objeción de conciencia supone en última instancia un proceso de ponderación, un proceso de equilibrio de intereses, que determine cuándo debe prevalecer la opción asumida en conciencia y la adaptación solicitada por motivos de conciencia y cuándo han de primar otros intereses que resulten afectados en esa concreta situación. Es decir, se trataría de aplicar los principios y presupuestos de la técnica del acomodo razonable a la objeción de conciencia. Los supuestos de objeción de conciencia son poco susceptibles de confiarse por entero a una regulación predominantemente legislativa. Regular la posibilidad de objetar en casos concretos podría llevar a una restricción de este derecho, a encorsetarlo, hasta poder asfixiar y obstaculizar su ejercicio. Sí sería conveniente, en una futura Ley Orgánica de Libertad de Conciencia, una mención expresa del derecho a la objeción de conciencia, (junto a la obligación de acomodo razonable) si la ley adoptara una fórmula amplia y general de tal derecho a objetar, sólo de esta forma se garantizaría realmente el derecho a la libertad de conciencia y a la objeción de conciencia. Las fortalezas que ofrece la teoría del acomodo razonable frente a una regulación casuística de la objeción de conciencia son importantes. En primer lugar, la multiplicación de formas de objeción de conciencia es muy relevante y, además, creciente. En segundo lugar, lo que se protege es la sinceridad de la conciencia individual (libertad de conciencia) por lo que una regulación genérica de cada tipo de objeción no consigue su objetivo: la protección individualizada. Por el contrario,

la teoría del acomodo razonable consigue una aplicación uniforme de la garantía del derecho a la libertad de conciencia y ello porque el punto de partida es la protección a nivel casuístico e individual. El tratamiento jurídico de la objeción de conciencia no pasa por establecer cauces legislativos (regulaciones legislativas, cláusulas de conciencia, reglas de excepción al deber jurídico...) sino por proteger el derecho a la libertad de conciencia de todos los ciudadanos siempre que sea necesario y razonable, introduciendo una obligación legal de acomodo.

El acomodo razonable implica una obligación de medios, no de resultados. Lo jurídicamente relevante es probar que se han puesto los medios necesarios para evitar la restricción de un derecho fundamental, haciendo un esfuerzo real y suficiente para ello, aunque el resultado obtenido pueda no haber sido el pretendido debido a otras razones circunstanciales. No es una obligación que recaiga unilateralmente sobre el empresario, si nos referimos al ámbito laboral, sino que es un deber recíproco de empresario y trabajador. Entraña una obligación de negociación, recíproca y de buena fe, para lograr el resultado que más satisfaga a ambas partes.

El trabajador podrá solicitar el acomodo siempre que sufra una restricción efectiva o lesión del derecho a la libertad de conciencia. Para demostrarlo tiene que probar que una norma, obligación o práctica...le obliga a hacer aquello que sus convicciones le prohíben, le impide respetar un precepto importante de su código moral o, aunque no se lo impida, le entraña dificultades importantes para hacerlo. Cuando se trata de objeciones que

proviene de convicciones meramente individuales, religiosas o no, y no se cuenta con la credibilidad que proporciona el respaldo de un credo religioso institucionalizado, la comprobación de la sinceridad se hace más compleja. Pero el acomodo como garantía del derecho a la libertad de conciencia es una garantía que se origina como consecuencia del ejercicio de un derecho individual. Cada conciencia de un ciudadano vale por sí misma, y no por la pertenencia a una iglesia o comunidad religiosa, o grupo ideológico equiparable, en su caso. Primar las convicciones que giran en torno a una doctrina sobre las convicciones estrictamente personales no encaja bien con la necesaria neutralidad que debe mantener el Estado. Lo verdaderamente determinante es que se trate de convicciones o compromisos fundamentales que afecten al sentimiento de integridad moral del individuo. La integridad moral, en el sentido en el que la utilizamos aquí, depende del grado de adecuación entre, por una parte, lo que la persona percibe como sus deberes y compromisos axiológicos preponderantes y, por otra, sus acciones. Una persona cuyos actos no se correspondan de forma satisfactoria con lo que ella considera que son sus obligaciones y sus valores fundamentales corre el riesgo de ver dañado su sentimiento de integridad moral.

La obligación jurídica de acomodo razonable engarza directamente con el principio de igualdad y no discriminación. Es el corolario de la prohibición de discriminación indirecta. Su reconocimiento supone aceptar excepciones a la aplicación uniforme de la ley o, dicho de otro modo, supone aceptar la pluralidad en la aplicación de las leyes. El acomodo razonable busca así una igualdad inclusiva o integradora mediante el trato diferencial a personas que de

otra manera resultarían penalizadas o discriminadas en alguno de sus derechos elementales por la aplicación de una determinada norma jurídica. El acomodo supone la prohibición de toda discriminación indirecta o sistemática, sea provocada intencionalmente o de modo involuntario. Está pensado para combatir precisamente la llamada discriminación indirecta que se produce en la redacción o por la aplicación de normas jurídicas aparentemente neutras y no directamente discriminatorias.

Respecto a los límites de la obligación jurídica de acomodar, se relacionan directamente con el adjetivo razonable, de modo que un acomodo que no resultara razonable no resultaría exigible. La interpretación de esta razonabilidad se realiza mediante la noción de la carga o penalidad excesiva o injustificada, que constituye el límite funcional del acomodo razonable. La interpretación de esta noción deberá hacerse en función de las circunstancias del caso. Pueden señalarse como ejemplos de una penalidad excesiva, y por tanto, no razonable ni exigible, los elevados costes financieros que reclamaría una medida concreta de acomodo, el atentado a los derechos de los otros compañeros o usuarios, problemas organizacionales unidos a la disponibilidad de efectivos o instalaciones (el tamaño de la compañía o el servicio puede ser determinante) o cuestiones relativas a la seguridad como una mayor intensidad o agravación del riesgo potencial. Al lado de los límites funcionales, se situarían los límites jurídicos o formales: el orden público y la seguridad, los valores democráticos, y el bienestar general (o los derechos y libertades de los demás), es decir, son los límites jurídicos derivados del art. 9.2. del CEDH.

### **III**

#### **La adaptación de una norma jurídica no crea desigualdad: evita situaciones de discriminación indirecta**

El principio de igualdad inherente a los sistemas jurídicos modernos prohíbe la discriminación en la titularidad y goce de los derechos. Se trata del concepto de igualdad de trato en igualdad de situaciones, conforme al cual, una discriminación es ilícita cuando implica tratar de modo diferente a dos personas o grupos que se hallan en situaciones semejantes; inversamente, no sólo hay discriminación cuando individuos o grupos que se encuentran en la misma situación son tratados de manera diferente, sino también cuando individuos o grupos que se encuentran en situaciones diferentes son tratados de la misma manera.

El derecho a la igualdad y a la no discriminación, sumado al derecho a la libertad de conciencia, no tiene necesariamente como contrapartida la uniformidad o la homogeneidad. Un mismo derecho puede exigir ajustes de tratamiento que no deben ser equiparados con privilegios ni derogaciones ya que pretenden corregir un defecto de aplicación de una ley o de un reglamento. A veces se necesita un tratamiento diferente para garantizar un derecho legal y evitar discriminaciones indirectas. Se trata de adaptaciones razonables para contrarrestar la rigidez de ciertas reglas o su aplicación uniforme sin tener en cuenta las características particulares de las personas. La obligación de acomodo no exige anular un reglamento o una ley, sino solamente atenuar sus efectos discriminatorios sobre ciertas personas previendo una excepción a la regla o una adaptación particular. Es precisamente en base al concepto de

discriminación, que se define el acomodo razonable como una obligación jurídica, aplicable en una situación de discriminación, y que consiste en adecuar una norma o una práctica de alcance universal dentro de los límites de lo razonable, otorgando un trato diferencial a una persona que, de lo contrario, se vería castigada por la aplicación de dicha norma.

No es posible encontrar una obligación general de acomodo razonable por motivos religiosos o de convicciones ni en el derecho positivo ni en las decisiones de los jueces. Ni siquiera en la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que prohíbe la discriminación por razones de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Distinta es, sin embargo, la postura que adopta la citada Directiva para los supuestos de personas con discapacidad, en cuyo artículo 5.1. se establece: “a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables”. Con la incorporación de una previsión de este tipo al texto de una futura Ley Orgánica de Libertad de Conciencia se estaría estableciendo la obligación de acomodar las creencias religiosas o convicciones de los ciudadanos en los distintos ámbitos de su proyección social, estableciendo una pauta estricta para la solución de conflictos que evitara eventuales situaciones de discriminación por motivos de conciencia. No se trata de introducir una novedad en nuestro ordenamiento jurídico sino de recoger de forma expresa una previsión que ya se contempla en la Directiva 2000/78, en cuyo artículo 2. se prohíbe la discriminación indirecta, esto es, aquella situación creada cuando una

disposición, criterio o práctica aparentemente neutros puedan ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción respecto de otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios. Por lo que respecta al ámbito laboral concretamente, dicha obligación de acomodo razonable, daría efectividad al derecho del trabajador a no ser discriminado que recoge el art. 4.2.c) ET. En todo caso y como consecuencia del deber que el artículo 9.2. CE impone a los poderes públicos de conseguir la igualdad real o material de los individuos y de los grupos en que se integran, parece posible que el legislador establezca obligaciones específicas para los particulares, de cara a lograr ese objetivo.

El derecho a no ser discriminado se vincula directamente con la dignidad humana, que es su verdadero y último fundamento, por lo que puede comprenderse que ésta no puede ser vulnerada ni por poderes públicos ni por particulares. Si bien la dignidad supone un límite último e infranqueable a aquellas prácticas, procedentes de poderes públicos o ciudadanos, que impliquen un quebranto evidente del núcleo más esencial o intrínseco a la misma; tampoco puede proclamarse su carácter absoluto o ilimitado, de otra manera, la libertad de conciencia, directamente relacionada con la dignidad de la persona, generaría siempre la obligación de acomodo por parte del empresario.



Así como los particulares no están vinculados en general por el derecho a la igualdad, sí les sería exigible la prohibición de discriminar a otras personas. Naturalmente, esta afirmación no supone que esta vinculación tenga el mismo carácter que para los poderes públicos, ni que implique las mismas obligaciones. En el ámbito de las relaciones entre particulares es imprescindible tener en cuenta el principio de la autonomía de la voluntad, que se encuentra protegido por el valor libertad (artículo 1.1. CE), el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1. CE), y por los concretos derechos fundamentales. La libertad juega así tendencialmente en contra de la igualdad. Pero la libertad sólo puede jugar tendencialmente en contra de la igualdad siempre que no haya trato discriminatorio contrario al artículo 14 CE. El legislador no podrá imponer obligaciones tendentes a esa igualdad salvo que existan razones constitucionales para hacerlo, y se hayan ponderado de forma proporcional los derechos en juego; es decir, salvo que se produzca un supuesto de discriminación indirecta y el acomodo razonable pueda tener lugar.

#### **IV**

##### **La interiorización del derecho a la libertad de conciencia en la empresa ideológicamente neutral a través del acomodo razonable**

Los trabajadores, mayoritariamente, prestan sus servicios en empresas ideológicamente neutrales, es decir, en empresas que no son ideológicas o *de tendencia*, lo cual no significa, sin embargo, que en las mismas deba regir un principio de neutralización de las convicciones éticas y religiosas de los trabajadores, puesto que éstos, en el ejercicio de su derecho de libertad de

conciencia, tienen reconocido el derecho a manifestar públicamente sus convicciones y a vivir conforme a las mismas en todos los aspectos de su vida, también el laboral.

Los derechos y libertades fundamentales del trabajador, como persona, como ciudadano y como tal trabajador, se han proyectado sobre el Derecho del Trabajo, dándole una nueva dimensión, y han hecho necesaria una conjunción o coordinación entre la interpretación y aplicación de la Constitución y la interpretación y aplicación de las disposiciones laborales que afectan a esos derechos fundamentales, en lo que se ha llamado reinterpretación constitucional del Derecho del Trabajo. La libertad de conciencia y más concretamente la libertad religiosa, no son ajenas a la organización productiva o a su lógica. Constituyen un marco en el que ésta ha de hallar una nueva interpretación, dejándoles paso abierto a través de un proceso de reajuste del conjunto de derechos y deberes de las partes del contrato.

Todo ello ha afectado a la incidencia de los derechos fundamentales del trabajador en el contrato de trabajo en el que se pone en juego directamente la persona, su dignidad y su libertad, resultando decisivo que los valores éticos y los derechos constitucionales informen también el contenido de ese contrato. Esta llamada *interiorización* de los derechos fundamentales en los mecanismos contractuales ha dado lugar a conflictos entre los derechos fundamentales y las obligaciones asumidas por el trabajador, conflictos que deben evitarse a través de un delicado proceso de adaptación y de ponderación de los derechos fundamentales y de las obligaciones contractuales.

Los derechos fundamentales no pueden invocarse por sí solos como cláusulas de excepción ilimitadas que autoricen el incumplimiento por el trabajador de sus deberes y obligaciones laborales. El cumplimiento leal y de buena fe de las obligaciones laborales proscribire una actuación del trabajador dirigida intencionalmente a inferir un daño moral o material al empleador; el fraude, la deslealtad o el abuso de confianza no pueden ampararse bajo ningún derecho constitucional. La modulación constitucional del contrato de trabajo implica la búsqueda de una concordancia práctica y de un adecuado equilibrio entre las obligaciones laborales del trabajador y el ámbito de sus libertades y derechos constitucionales.

El contrato de trabajo se presenta como el medio más adecuado para la interiorización de los derechos fundamentales en la relación laboral y, especialmente, para la modulación de los derechos y deberes del trabajador y del empresario en un proceso de ponderación a través de la técnica del acomodo razonable. Ante la función fundamental que se encomienda al contrato de trabajo, ser el receptor de una obligación positiva general de acomodo razonable que se impone al empresario en aras de la protección de la libertad de conciencia de sus trabajadores, se hace imprescindible la revisión del mecanismo contractual.

El marco contractual, efectivamente, requiere ser revisado: es un esquema en el que predomina y prima la lógica organizativa productiva, que tiende a autolegitimarse y a proporcionar mensajes de discrecionalidad y

racionalidad económica que desmienten o neutralizan los intentos de producir otras lógicas compensatorias, basadas en principios diversos. Pero el contrato no puede ser el instrumento de autodeterminación de tan sólo una de las partes contractuales; sólo en caso de equilibrio de ambas partes, puede presumirse que el contrato cumple su función. Se le asigna, no sólo una función constitutiva, sino también una función reguladora y, sobre todo, administradora en el desarrollo del contrato. Se trata de superar la consideración de la incapacidad del trabajador para gestionar sus propios intereses, limitando excesos reguladores que hacen del trabajador no un sujeto, sino un objeto pasivo de la regulación.

La normativa laboral ha tendido a regulaciones cerradas, centradas en el reconocimiento de derechos subjetivos, y previendo en lo posible todo tipo de incidencias y vicisitudes pensables. Sin embargo, el contrato de trabajo es esencialmente flexible y maleable, ha de adaptarse a los cambios de circunstancias para asegurar su permanencia, y por ello es inapropiado para someterse a reglas excesivamente cerradas y rígidas. Por el contrario, las cláusulas generales que ofrece el Derecho Civil, como el respeto del orden público o la buena fe, son flexibles y cambiantes, se adaptan al marco social en que se desarrollan, contribuyen a paliar la rigidez de las normas y pueden proporcionar apoyos interpretativos valiosos en el proceso de transformación interna del contrato y del Derecho del Trabajo. En definitiva, la llamada modulación, que se predica no sólo de los derechos fundamentales del trabajador sino que también abarca los poderes del empresario en la organización productiva, ha de precisarse en el contrato de trabajo a través de

la técnica del acomodo razonable. Se trataría de un proceso que en cierta medida altera las vías clásicas ofrecidas por la teoría del contrato de trabajo, al obligar a reconocer y situar en el interior de la estructura de la relación posiciones subjetivas del trabajador, vinculadas al respeto debido a su dignidad y que crean verdaderos deberes de actuar o soportar a cargo del empresario.

También resulta imprescindible el ejercicio del poder regulador de la autonomía colectiva, como cauce de interiorización en la empresa y en el contrato de trabajo de los derechos fundamentales. La función de la autonomía colectiva como instrumento de racionalización, limitación y control de los poderes empresariales, es idónea a este fin; se trata de aprovechar los contenidos potenciales de la negociación en el marco de tutela y potenciación de los derechos fundamentales de los trabajadores como límite autónomo, por sí mismo relevante de los poderes empresariales, un condicionante de su ejercicio, pero también un cauce para promover o simplemente hacer posible en el ámbito empresarial la libertad de conciencia. De esta manera el convenio colectivo recogería la obligación positiva general de acomodo razonable de la libertad de conciencia de los trabajadores, evitando así la discriminación indirecta. Los sindicatos compartirían con el empresario la responsabilidad del acomodo razonable: aunque es el empleador quien debe iniciar el proceso, el sindicato ha de prestar su cooperación. Si bien el acomodo razonable en cada caso concreto, sólo puede tener lugar de una forma plausible en el contrato de trabajo, ya que, la actuación sindical no puede tomar en consideración todos y cada uno de los intereses individuales singulares de los trabajadores concretos, sin embargo, el acomodo razonable aspira a tratamientos menos masificados y

más adecuados para los intereses particulares. El acomodo busca la protección de la diferencia, de la singularidad, y rechaza la uniformidad necesaria, en favor de una valoración subjetiva y autodeterminada de la propia conveniencia, que puede diferir de la tutelada por el sujeto colectivo; por todo ello el acomodo razonable se concretará en el contrato de trabajo.

En el contexto del proceso de acceso a un puesto de trabajo, el principio de igualdad (derecho a obtener un trato igual) no obliga al empresario privado de forma tal que limite su libertad contractual de decisión. El respeto de la igualdad ante la ley se impone a los órganos del poder público, pero no a los sujetos privados, cuya autonomía está limitada sólo por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional, como entre otras, las que recoge el artículo 14 CE. La libertad de contratación y la prohibición de discriminación constituyen bases institucionales del empleo. La violación del principio de no discriminación suele hacer su aparición normalmente en el momento de la contratación del trabajador. El derecho al trabajo (artículo 35 CE) reconoce a su titular un derecho de acceso al trabajo sin obstáculos injustificados o irrazonables impuestos por agentes públicos o privados. Desde esta óptica, derecho al trabajo y derecho a la no discriminación aparecen íntimamente conectados.

Si bien, conforme al artículo 16.2. de la CE, el trabajador no estaría obligado a declarar sobre su religión o creencias, puede ocurrir que el empresario quiera conocer aspectos que afecten al normal desarrollo de la relación laboral y que de manera indirecta impliquen declaración de las

creencias religiosas o convicciones. En estos casos se ha de establecer un ponderado equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato y el interés de la empresa, con los derechos de dignidad e intimidad del trabajador, mediante un doble proceso de adaptación, del ejercicio de estos derechos respetando las exigencias legítimas derivadas del contrato y de las obligaciones y derechos contractuales que han de respetar el derecho fundamental, que se configura como esfera intangible y verdadero orden público constitucional.

Los datos personales que se quieren conocer deben responder a una finalidad legítima, que es la valoración de la capacidad profesional del candidato (pertinentes), ser útiles para la comprobación de esa capacidad (adecuados) y no implicar abusos o intromisiones en la esfera privada del candidato (no excesivos, proporcionales). Todos los datos que proporcionen información adicional exceden de lo razonable y se convierten en excesivos e, incluso, ilegales. Por eso es muy importante que el perfil del puesto de trabajo esté lo más delimitado posible pues en el proceso de selección estarían legitimadas diferenciaciones y justificadas preguntas que se relacionaran con la empresa y el puesto, no otras.

Además, el trabajador, voluntariamente, deberá hacer públicas sus creencias o convicciones cuando solicite un acomodo razonable de las mismas al empresario y este acomodo afecte a la esfera de la libertad empresarial. No obstante, es preciso relativizar el valor tanto del consentimiento como de la ausencia voluntaria de manifestación de creencias o convicciones y ello, por la

posición de subordinación del titular de los datos que se encuentra en una situación de temor especialmente vulnerable. En un contexto de empleo el consentimiento no será una manifestación de libertad sino el efecto de una necesidad material: obtener o conservar un empleo. Es difícil que el candidato a un puesto de trabajo o el mismo trabajador, voluntariamente manifieste sus convicciones a fin de obtener un acomodo de las mismas. Ello conduce a la necesidad de que exista en la ley una obligación positiva general de acomodo de las convicciones personales con el objeto de que la libertad de conciencia pueda obtener una verdadera garantía y plena efectividad.

Una vez iniciada la relación laboral, el empresario debe mantener una posición de neutralidad frente a las creencias religiosas o convicciones del trabajador. Cualquier acto del empresario tendente a menospreciar o perjudicar las creencias religiosas del trabajador o sus convicciones, o que quiebre el principio de neutralidad que debe mantener frente a su empleado se reputará nulo, tal y como establece el Estatuto de los Trabajadores.

En ciertos supuestos, mientras no exista una obligación legal de acomodo, habrá que decidir cuándo el ejercicio del derecho a la libertad religiosa y de conciencia por parte del trabajador es abusivo y puede ser, por tanto, objeto de sanción y cuándo el poder disciplinario del empresario sobrepasa sus límites y vulnera el derecho fundamental de libertad de conciencia del trabajador. Ejemplos claros de estos supuestos son las ausencias causadas por la celebración de las festividades religiosas, el abandono del trabajo durante la jornada para rezar, la utilización de una



vestimenta religiosa ... El trabajador no pretende realizar una infracción laboral, ni tampoco pretende la anulación total o parcial del contrato de trabajo que firmó, sino que su pretensión es la de conseguir que se le dispense del cumplimiento de las obligaciones contractuales que libremente adquirió, sin que ello le suponga el despido. Para resolver estos casos, la jurisprudencia en España ha utilizado el denominado criterio del *balance razonable* entre los derechos en conflicto. Éste consiste en averiguar, por un lado, si el empresario ha adoptado las medidas oportunas para que no se produzca la colisión entre los derechos y por consiguiente se derive de ello una consecuencia negativa para el trabajador, y por otro, si el trabajador al hacer efectiva su exigencia ha obrado de buena fe. Es decir, será preciso ponderar si el empresario ha realizado un esfuerzo real de acomodo razonable.

## **V**

### **Viabilidad del acomodo razonable en la organización de tendencia**

El trabajo en una *organización de tendencia* constituye un campo especialmente abonado para que afloren de manera conflictiva las tensiones entre, por un lado, dichas organizaciones, que en el ámbito de sus empresas imponen conductas y comportamientos personales; y de otro, el personal que presta servicio en dichas empresas y que adopta un modo de vida que es contrario al ideario de las mismas. Hemos enfocado este conflicto de derechos desde la perspectiva de la colisión entre dos derechos fundamentales idénticos, pero de titularidad diversa, individual, en el caso del trabajador, y colectiva, en el caso de la empresa. Los derechos de libertad de pensamiento, conciencia y

religión tienen una dimensión individual y otra colectiva. Esta titularidad colectiva de los grupos es consecuencia de la suma de los derechos individuales. En un Estado democrático los derechos lo son de los individuos y de los grupos por ellos formados, pero precisamente por eso, porque están formados por individuos. Una organización de tendencia sólo tendrá reconocidas las potestades que sus miembros consientan en otorgarles.

Las *organizaciones ideológicas o de tendencia* surgen y tienen sentido en una sociedad plural en la que se permite la existencia de cuerpos intermedios, situados entre el individuo y el Estado. El pluralismo debe entenderse como el marco más adecuado para la realización del derecho liberal de participación, no en el sentido estricto del artículo 6 CE, partidos políticos, sino en el más amplio sentido del inciso final del artículo 9.2. CE, “participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. Hay que dejar claro, que el deber de los poderes públicos no es sólo respetar, proteger y garantizar ese pluralismo. Su obligación va más allá. También es su deber apoyar y fomentar ese pluralismo por dos razones, en cuanto columna vertebral del sistema democrático y en cuanto mejor marco posible para el libre desarrollo de la persona como radical libertad. Es una consecuencia inexorable del término *propugna* del artículo 1.1. CE, respetando siempre en el cumplimiento de ese deber las consecuencias derivadas del principio de igualdad en la libertad.

Lo definitivo para considerar a una organización como *de tendencia*, es el elemento ideológico. Tienen como rasgo más característico ser creadoras o

sustentadoras de una determinada ideología y en función de la misma existen. Es preciso que traspasen el simple interés del empresario y se conviertan en portadoras de un interés colectivo, es decir, deben aparecer hacia el exterior como defensoras de una determinada opción ideológica concebida con independencia de la interpretación personal del empresario. Se requiere para que la difusión de su ideología sea creíble y, por tanto, eficaz, una cierta coherencia y unidad interna que implica un elevado grado de uniformidad en la exteriorización del mensaje. Se considera como *organización de tendencia* no sólo a aquellas institucionalmente organizadas como de tendencia (confesiones religiosas...) sino también a aquellas empresas que institucionalizan determinados postulados ideológicos. Se trata de entidades donde la ideología se convierte en fundamento y razón de ser de toda la organización. Es un tipo de empresas cuyo objeto es un fin ideológico pero de su actividad se refleja la intención de obtener beneficio; empresas que suministran bienes o servicios de componente ideológico. Es el caso de las empresas dedicadas por ejemplo a labores asistenciales, hospitalarias, docentes, medios de comunicación, etc". Es determinante en estas empresas la significación ideológica del producto de la actividad empresarial.

A las *organizaciones de tendencia*, incluidas las *empresas de tendencia*, debe serles garantizada la finalidad ideológica última a través del reconocimiento de *cláusulas de salvaguarda de su identidad y carácter propio*. Estas cláusulas se definen como el conjunto de normas o preceptos, que siendo reflejo de una determinada valoración o concepción del mundo y compartidas por los que forman parte de una organización de ese tipo

(ideológico), sirven como mecanismo de autodefensa del propio grupo frente a concepciones ajenas al grupo y en abierta oposición a las suyas propias. La cláusula de salvaguarda no incidirá únicamente en las relaciones laborales, sino también en la relación *erga omnes*, en la prestación de servicios que ofrezca y en la organización y funcionamiento, es decir, en el régimen interno. La citada cláusula implica que existe una excepción a la aplicación del Derecho del Trabajo general, en aras de garantizar la protección de la identidad ideológica del empleador y cuya suscripción deberá ser realizada por el trabajador al inicio de la prestación de servicios; de manera que estas *empresas de tendencia* podrían poner límites al trabajador en el ejercicio de sus derechos de ciudadanía, produciéndose por lo tanto una colisión de derechos.

Es necesario, de conformidad con el principio general de determinación del objeto del contrato en el momento de su estipulación, que estén claramente definidas las pautas ideológicas a las cuales el trabajador se ha de uniformar, en su caso, o, al menos, respetar en el desarrollo de su actividad, pues de lo contrario, no se le podría exigir que actuara según una línea ideológica que no se le ha revelado. Se deduce, así, una obligación de información por parte de la organización a sus posibles trabajadores en la fase contractual, con el fin de que, conocida por aquellos la línea ideológica de la misma, voluntariamente se adhieran, o por el contrario no lo hagan.

Ello supone la posibilidad de contratar en base a una ideología, creencia o convicción con exclusión de aquellos candidatos que no la posean y, además,

la licitud de las preguntas sobre aquéllas convicciones en las empresas en las que la ideología constituye y sostiene la organización (exigencia *bona fides* razonable). El no acceso al empleo de un candidato que no comparte o coincide ideológicamente con la organización quedaría justificado pues en esta actividad y contexto es aquella condición un requisito profesional esencial y determinante para la correcta ejecución de la prestación de servicios, y la esencia del negocio (difusión del mensaje religioso o ideológico, promoción de las creencias) legitima una actuación en aquel sentido. Ahora bien, aquella preferencia debería limitarse a los *trabajadores de tendencia*, pues para tareas neutras, el componente ideológico es ajeno al esquema contractual y no influye en el objeto ni en la causa del contrato. La coincidencia ideológica del trabajador de tendencia con la de la organización ha de ser en principio *total*. Sí sería admisible la simple disconformidad con el ideario de la empresa si esa discrepancia ideológica no se ha exteriorizado o puesto de manifiesto, puesto que sólo aquellas manifestaciones o comportamientos públicos y notorios que dificulten el correcto funcionamiento de la actividad ideológica podrán ser tenidos en cuenta por su influencia en el correcto cumplimiento de los deberes contractuales. Sin embargo, a los trabajadores con tareas neutras no se les debería exigir más que a cualquier trabajador de una empresa ideológicamente neutral: el deber genérico y mínimo de no dañar dolosamente la imagen de la organización que les contrató. Las eventuales situaciones conflictivas deberían resolverse, en consecuencia y para estos casos, en el plano de legalidad ordinaria, aplicando la doctrina general o común de limitación de los derechos fundamentales por la inserción en una organización ajena.

Así, el trabajador de una *empresa de tendencia*, sea o no portador de tendencia, deberá respetar la ideología de la misma durante todo el desarrollo de su actividad laboral, se le exige una actitud de buena fe y de lealtad hacia la ética de la organización. Este deber de respeto no significa que cada trabajador deba poseer un *convencimiento interno* o una auténtica *aceptación subjetiva* de la ideología empresarial. El respeto obliga a todo trabajador simplemente a abstenerse de realizar cualquier comportamiento profesional, y aún incluso personal, que pueda dañar la imagen empresarial. En definitiva, se trata de que el trabajador una vez integrado en la organización cumpla con las funciones pactadas tal y como resultó convenido en el momento de la contratación, esto es, con todo el celo y la pulcritud requeridos por los deberes de buena fe, de colaboración y de diligencia debida (arts. 1258 Cc y 5.a) y 20.2. ET).

Uno de los aspectos más importantes que se presentan en las organizaciones de este tipo, en cuanto al régimen jurídico laboral, es el del ámbito de poder que, en materia de despido, se reconoce a la organización, a fin de tutelar sus propios fines e intereses. En principio, la consecuencia más clara que puede tener la sujeción a un determinado criterio ideológico es la posibilidad de legitimar un despido disciplinario por falta de consonancia con la ideología empresarial. A pesar de ello, en ningún caso puede confundirse esta *modulación* del ejercicio de la libertad de expresión del trabajador en una empresa ideologizada con una privación absoluta de este derecho constitucional. Se necesita la concurrencia de ciertos presupuestos para que las divergencias ideológicas del trabajador dependiente en una *empresa de tendencia* reúnan los requisitos suficientes como para legitimar el despido

disciplinario. Y es que, cuando falta alguno de estos presupuestos, el cese estaría encubriendo un despido discriminatorio y por ello nulo (artículo 55.5. ET). Para poder imputarle a un trabajador un incumplimiento laboral por disenso ideológico de gravedad tal, que justifique un despido disciplinario, por vía del artículo 54.2. del ET, apartados b) o d), la prestación de servicios en la que se quiere entrever la conducta lesiva debe repercutir en actividades íntimamente ligadas con los fines ideológicos que la organización persigue. Debe tratarse también de una *conducta activa*: es decir, se necesita que la discrepancia del trabajador con la línea ideológica empresarial haya tenido alguna clase de manifestación o de exteriorización. La conducta del trabajador objeto de desaprobación debe tener *entidad bastante* como para considerarla atentatoria contra intereses empresariales o contra la imagen de la organización. Por este motivo la conducta del trabajador debe ser claramente hostil contra la ideología empresarial; y constituir un ataque (abierto o solapado) a la ideología del ente para el que presta el servicio.

Sin embargo, en la mayoría de los casos, el despido por desviación ideológica del trabajador en estas organizaciones se sustanciará por la vía de la ineptitud sobrevenida no conocida, ni podida conocer, ni en el momento de efectuar el contrato ni después durante el periodo de prueba. Estaríamos ante el supuesto de un trabajador que, por cambio en sus convicciones personales, ha dejado de compartir la ideología de la organización. Se trataría de un despido objetivo por ineptitud sobrevenida del trabajador del artículo 52.a) del ET. Hay que tener presente que el cambio ideológico de un trabajador de tendencia que no tenga repercusiones materiales expresas y que se mantenga

en la esfera estrictamente personal, no es capaz de dañar la imagen de la empresa por muy sensible que sea ésta, y por ello no es capaz de considerarse atentatoria contra el deber recíproco de buena fe que afecta a cualquier clase de trabajador. En otro caso, la ineptitud sobrevenida por cambio en las convicciones, generaría en primer lugar un intento de acomodo razonable siempre que así lo solicitara el trabajador a fin de salvaguardar su puesto de trabajo. Nos referimos a una obligación del empresario de intentar adscribirle a otras tareas o prestaciones que fueran compatibles con su disenso ideológico, con su cambio de creencias o convicciones, lo que en la mayoría de los casos se sustanciaría adscribiendo al trabajador a tareas neutras, no ligadas con la tendencia.

También puede presentarse el supuesto contrario: la propia entidad productiva es la que transforma sustancial y notoriamente la ideología que en un principio orientaba su actividad, bien por cesión a otro propietario, un cambio significativo en el accionariado, por propia evolución ideológica... Esta transformación obligaría al sujeto que presta el servicio a reorientar el objeto de su actividad laboral y a ser respetuoso con una ideología distinta a la que orientaba la actividad de la empresa en el momento en que se realizó su contratación. En este supuesto el trabajador podría solicitar la rescisión indemnizada de la relación laboral por *incumplimiento grave por parte del empresario de sus obligaciones laborales*, artículo 50.1.c) ET, con derecho a percibir la indemnización correspondiente al despido improcedente tal como señala el artículo 50.2. ET). No parece oportuno sostener que, una vez efectuada la reorientación ideológica de la empresa, el trabajador *de tendencia*



tenga que acomodarse necesariamente en la reubicación que le ofrezca el empresario. Ante un conflicto como el que se plantea, la opción pasaría, por exigir al empresario un acomodo razonable; este acomodo, sin embargo, sería opcional para el trabajador, que siempre podría optar por la rescisión indemnizada vía artículo 50. ET.



# FUENTES



## BIBLIOGRAFÍA

ACUÑA GUIROLA, S.

“La libertad de conciencia y el poder público”, en *RGDCDEE*, nº 34, lustel.com, 2014.

AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, CONSEJO DE EUROPA.

*Manual de legislación europea contra la discriminación*, Oficina de publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2011.

AGUILERA RULL, A.

“Prohibición de discriminación y libertad de contratación”, en *InDret. Revista para el análisis del Derecho* nº 1, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2009.

AKANDJI-KOMBE, J. F.

*Positive obligations under the European Convention on Human Rights. A guide to the implementation of the European Convention on Human rights, Human rights handbooks*, nº 7, Council of Europe, Bélgica, 2007.

ALAMEDA CASTILLO, M. T.

*Estadios previos al contrato de trabajo y discriminación*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013.

ALEINIKOFF, T. A.,

*El Derecho Constitucional en la era de la ponderación*, Palestra, Lima, 2010.

ALEXY, R.

*Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

ALONSO GARCÍA, E.

“El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española”, en *Revista de Administración Pública*, nº 100-102, 1983.

ALONSO GARCÍA, E.

*La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

ALONSO GARCÍA, M.

*Curso de Derecho del Trabajo*, Ariel Derecho, Barcelona, 1982.

ALONSO OLEA, M.

*Las fuentes del Derecho en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1990.

ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E.

*Derecho del Trabajo*, 26ª ed., Civitas, Madrid, 2009.

ÁLVAREZ ALCOLEA, M.

“La discriminación por razones ideológicas o políticas”, en *II Jornadas Luso-Hispano-Brasileñas de Derecho del Trabajo*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo, Madrid, 1985.

ÁLVAREZ ALONSO, D.

“Las libertades de expresión e información en el ámbito de la empresa”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 245-246, Centro de Estudios Financieros, 2003.

AÑÓN ROIG, M.

“Multiculturalidad y derechos humanos en los espacios públicos: diversidad cultural y responsabilidad pública” en *Derechos humanos en contextos multiculturales. ¿Acomodo de derechos o derechos de acomodo?*, E. J. Ruiz Vieytez y G. Urrutia (eds.), Alberdania, San Sebastián, 2010.

APARICIO TOVAR, J.

“Relación de trabajo y libertad de pensamiento en las empresas ideológicas”, en *Lecciones de Derecho del trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacón y Del Peso Calvo*, Universidad Complutense, Madrid, 1980.

APARICIO TOVAR, J.

“Empresas ideológicas y derechos fundamentales del trabajador”, en *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta, Madrid, 1992.

ARAGÓN REYES, M.

“El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa”, en *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, F. Pérez de los Cobos Orihuel (dir.), Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005.

ARAI-TAKAHASHI, Y.

*The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Antwerpen-Oxford-New York, 2001.

ARECES PIÑOL, M. T.

“El TEDH valida la ley francesa que prohíbe el uso del burka en espacios públicos”, en *RGDCDEE*, nº 37, lustel.com, 2015.

ARLETTAZ, F.

*Religión, libertades y Estado: Un estudio a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Icaria, Barcelona, 2014.

AROSAMENA SIERRA, J.

“Principio de igualdad y derechos fundamentales”, en *XI Jornadas de estudio: El principio de igualdad en la Constitución española*, vol. 1, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

BARRIOS, G. y JIMÉNEZ AIBAR, I.

“La conciliación entre la vida laboral y la práctica de la religión musulmana en España: un estudio sobre la aplicación del Acuerdo de cooperación con la Comisión Islámica de España y otras cuestiones relacionadas”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 274, Centro de Estudios Financieros, 2006.

BAZ RODRÍGUEZ, J.

“La cláusula de conciencia de los periodistas profesionales de los medios de comunicación del art. 20.1. d) CE: un supuesto de ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador en la empresa” (I y II), en *Actualidad Laboral*, nº 3, 1994.

BECK, U.

*El Dios personal. La individualización de la religión y el espíritu del cosmopolitismo*, Paidós, Barcelona, 2009.

BELDA PÉREZ-PEDRERO, E.

*La protección constitucional y legal de la lengua de signos*, Fundación Lex Nova, Valladolid, 2012.

BENEYTO, J. M.

“Artículo 16. Libertad ideológica y religiosa”, en *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*, Tomo II, Edersa, Madrid, 1984.

BERCOVICH RODRÍGUEZ-CANO, R.

“Principio de igualdad y derecho privado”, en *El principio de igualdad en la Constitución Española*, vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

BERGER, P.

*The desecularization of the world: Resurgent religion and world politics*, Eerdmans, Washington DC, 1999.

BETTI, E.

*Teoría general de las obligaciones*, Tomo I, Edersa, Madrid, 1969.

BILBAO UBILLOS, J. M.

“Prohibición de discriminación y relaciones entre particulares”, en *Teoría y realidad constitucional*, nº 18, 2006.

BILBAO UBILLOS, J. M.

“Prohibición de discriminación y derecho de admisión en los establecimientos abiertos al público”, en *Derecho Constitucional para el siglo XX*, Tomo I, J. Pérez Royo, J. P. Urías Martínez, M. Carrasco Durán (eds.), Thomson Aranzadi, Madrid, 2006.

BLASCO JOVER, C.

*El derecho a la cláusula de conciencia de los profesionales de la información*, Bomarzo, Albacete, 2009.

BLAT GIMENO, F. R.

*Relaciones laborales en empresas ideológicas*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1986.

BÖCKENFÖRDE, E. W.

*Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden, 1993.

BONDÍA GARCÍA, D.

“Hacia una superación de los límites intrínsecos del principio de no discriminación en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: el Protocolo nº 12”, en *Anuario de Derecho Internacional*, nº 17, 2001.

BOSSET, P.

“Reflections on the scope and limits of the duty of reasonable accommodation in the field of religion”, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Cat.2.120-4.20.2), documento adoptado en la 497ª reunión de la Comisión, 10 de septiembre de 2004 (resolución COM-497-5.1.2), Québec, 2005.

BOSSET, P.,

“Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable”, en *Les accommodements raisonnables: quoi, comment, jusqu'où? Des outils pour tous*, M. Jézéquel (dir.), Yvon Blais, Québec, 2007.

BOSSET, P.

“Limites de l'accommodement raisonnable: le droit a-t-il tout dit?”, en *Éthique publique*, vol. 9, nº 1, 2007.

BOSSET, P.

“Droits de la personne et accommodements raisonnables: Le droit est-il mondialisé?”, en *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, nº 62, FUSL, 2009.

BOUCHARD, G. y TAYLOR, C.

*Construir el futuro. El tiempo de la reconciliación*, Ikuspegi, Guipúzcoa, 2010.



BREITENMOSER, S.

“The Protection of Groups and Groups Rights in Europe”, en *The Tension between Group Rights and Human Rights: a multidisciplinary Approach*, Koen de Feyter y G. Pavlakos (eds.), Hart Publishing, Oxford, Portland (Oregon), 2008.

BRIONES MARTÍNEZ, I.

“Inmigración e interculturalidad”, en *Algunas cuestiones controvertidas del ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa en España*, I. Martín Sánchez, y M. González Sánchez (coords.), Fundación Universitaria Española, Madrid, 2009.

BRUNELLE, C.

*Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail*, Ivon Blais, Québec, 2001.

BUENO SALINAS, S.

“El ámbito del amparo del derecho de libertad religiosa y las asociaciones”, en *Ius Canonicum*, vol. 25, nº 49, 1985.

CACHÓN RODRÍGUEZ, L.

“España y la Directiva 2000/43: de la ocasión perdida a una legislación general sobre igualdad de trato”, en *Tiempo de Paz*, 2004, nº 73.

CALVO GALLEGU, F. J.

*Contrato de trabajo y libertad ideológica. Derechos fundamentales y organizaciones de tendencia*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1995.

CALVO GALLEGU, F. J.

“La cláusula de conciencia de periodistas e informadores”, en *Relaciones Laborales*, nº 2, 1995.

CAÑAMARES ARRIBAS, S.

“Tratamiento de la simbología religiosa en el Derecho Español”, en *La libertad religiosa y su regulación legal. La ley orgánica de libertad religiosa*, R. Navarro Valls, J. Mantecón Sancho y J. Martínez Torrón (coords.), Iustel, Madrid, 2009.

CAÑAMARES ARRIBAS, S.

“Libertad religiosa e igualdad. Algunos supuestos discutidos”, *RGDDCEE*, nº 25, Iustel.com, 2011.

CAÑAMARES ARRIBAS, S.

“Objeción de conciencia y acomodación de las creencias religiosas en las Fuerzas Armadas”, en *RGDCDEE*, nº 35, Iustel.com, 2014.

CARDONA RUBERT, M. B.

“Las agencias de colocación en la Ley 35/2010”, en *La reforma del mercado de trabajo*, I. García-Perrote Escartín y J.R. Mercader Uguina (dirs.), Lex Nova, Valladolid, 2010.

CARRASCO PERERA, A.

“El juicio de razonabilidad en la Justicia constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 11, 1984.

CARRILLO, M.

“Expresión e información: dos derechos entre la sociedad y el Estado”, en *Autonomies*, nº 21, 1996.

CASTILLO CÓRDOVA, L.

*Libertad de cátedra en una relación educacional con ideario*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

CATALÁ RUBIO, S.

“Libertad religiosa de la mujer musulmana en el Islam y uso del velo”, en *El pañuelo islámico en Europa*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009.

CELADOR ANGÓN, O.

*Libertad de conciencia y Europa. Un estudio sobre las tradiciones constitucionales comunes y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Dykinson, Madrid, 2011.

CELADOR ANGÓN, O.

*Libertad de conciencia y escuela en Estados Unidos*, Dykinson, Madrid, 2014.

CIDONCHA MARTÍN, A.

*La libertad de empresa*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006.

CONDE MARÍN, E.

*La buena fe en el contrato de trabajo. Un estudio de la buena fe como elemento de integración del contrato de trabajo*, La Ley, Madrid, 2007.

CONSEJO DE EUROPA, COMITÉ DE MINISTROS

*Libro Blanco sobre el Diálogo Intercultural. Vivir juntos con igual dignidad*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 2008.

CONTRERAS MAZARÍO, J. M.

“La libertad religiosa y la no discriminación por motivos religiosos en la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. V, 1989.

CONTRERAS MAZARÍO, J. M.

“La igualdad y la libertad religiosa en las relaciones de trabajo”, en *Documentación Jurídica*, nº 70, 1991.

CONTRERAS MAZARÍO, J. M.

“Marco jurídico del factor religioso en España”, en *Arraigados. Minorías religiosas en la Comunidad de Madrid*, (López García, B. et al.), Icaria, Barcelona, 2007.

CONTRERAS MAZARÍO J. M. y CELADOR ANGÓN O.

*Laicidad, manifestaciones religiosas e instituciones públicas, Documento de trabajo 124/2007*, Fundación Alternativas, Madrid, 2007.

COSSÍO DÍAZ, J. R.

*Estado social y derechos de prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

CRUZ VILLALÓN, J.

*Compendio de Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2009.

CUBILLAS RECIO, L. M.

“La facultad normativa de las confesiones de establecer cláusulas de salvaguarda de su identidad en el ordenamiento español”, en *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, nº 0, 2000.

CUENCA GÓMEZ, P.

“Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 158, 2012.

CHUECA SANCHO, A. G.

“El derecho humano a la libertad de religión y convicciones en una Europa intercultural”, en *Teoría de la justicia y derechos fundamentales. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces Barba*, vol. III, (Fernández García, E. et al.), Dykinson, Madrid, 2008.

DE LA CASA QUESADA, S.

*La protección por desempleo en España*, Comares, Granada, 2008.

DE VAL TENA, A. L.

“Las empresas de tendencia ante el Derecho del Trabajo: libertad ideológica y contrato de trabajo”, en *Proyecto social: Revista de Relaciones Laborales*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1994.

DEOP MADINABEITIA, X.

“De la igualdad en los derechos a la igualdad de derechos: el Protocolo Adicional nº 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *Anuario de Derecho Internacional*, nº 16, 2000.

- DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A. B.  
“Protección de datos y contrato de trabajo”, en *Justicia Laboral: revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, nº 46, 2011.
- DÍAZ REVORIO, F. J.  
*Valores superiores e interpretación constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- DÍAZ REVORIO, F. J.  
*Discriminación en las relaciones entre particulares*, Tirant lo Blanch, México D. F., 2015.
- DÍEZ- PICAZO, L. M.  
*Sistema de derechos fundamentales*, 3ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2008.
- DURÁN LALAGUNA, P.  
“Discriminación Positiva o Acciones Positivas” en *Persona y Derecho*, nº 54, 2006.
- EISENSTADT, S.  
“Multiple Modernities”, en *Daedalus* vol. 129, nº 1, The MIT Press (American Academy of Arts and Sciences), 2000.
- EISENSTADT, S.  
“The new religious constellations in the frameworks of contemporary globalization and civilizational transformation”, en *World Religions and Multiculturalism*, E. Ben-Rafael and Y. Sternberg (comps.), Brill Academic Publishers, Leiden (Holland), 2010.
- ELÓSEGUI ITXASO, M.  
“La laicidad abierta en Charles Taylor y J. Maclure versus las nuevas leyes de neutralidad de los funcionarios públicos en Alemania” en *La neutralidad del Estado y el papel de la religión en la esfera pública en Alemania*, Colección Actas 4, Fundación Giménez Abad, Zaragoza, 2012.
- ELÓSEGUI ITXASO, M.  
*El Concepto Jurisprudencial de Acomodamiento Razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la Gestión de la Diversidad Cultural y Religiosa en el Espacio Público*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013.
- ESCOBAR ROCA, G.  
*Estatuto de los periodistas. Régimen normativo de la profesión y organización de las empresas de comunicación*, Tecnos, Madrid, 2002.
- ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J.  
*Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000.

ESPINOSA, B.

*Ética demostrada según el orden geométrico*, Nacional-Orbis Hispamérica, Madrid, 1980.

ESTEBAN SÁNCHEZ, V. y LÓPEZ SALA, A. M.

“La crisis de los acomodos razonables en Québec. La comisión Bouchard-Taylor”, en *Revista Internacional de Filosofía Política*, nº 33, Universidad Autónoma Metropolitana, Ciudad de México, 2009.

EVANS, C.

*Freedom of religion under the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2003.

EVANS, M. D.

*Manual on Wearing of Religions Symbols in Public Areas*, Council of Europe Manuals, Boston, 2009.

FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, O.

“Libertad religiosa y trabajo asalariado: condiciones y criterios de articulación” en *Revista española de derecho del trabajo*, nº 133, Civitas, 2007.

FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, A.

“Voz libertad de conciencia”, en *Enciclopedia jurídica básica*, vol. III, Civitas, Madrid, 1994.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.

“Libertad ideológica y prestación de servicios”, en *Relaciones Laborales*, vol. II, 1985.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.

“Igualdad en el empleo y la ocupación”, en *Temas laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 91, 2007.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. y CALVO GALLEGOS, F. J.

“La Directiva 78/2000/CE y la prohibición de discriminación por razones ideológicas: una ampliación del marco material comunitario”, en *Temas laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 59, 2001.

FERNÁNDEZ SEGADO, F.

“El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Jornadas de Estudio sobre el principio de igualdad*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

FERRAJOLI, L.

“Universalidad de los derechos fundamentales y multiculturalismo”, en *Democracia y garantismo*, M. Carbonell (ed.), Trotta, Madrid, 2008.

FERRARI, S.

“The place of Religion and Belief in Public Space across the EU: Policy Dilemmas and Recommendations on Religions Symbols and Dress Codes”, en *European Policy Brief*, March, 2013.

FRANCÉS BRUNO, E.

*La regulación del pañuelo islámico en el espacio público español. Alternativas a legislar*, Fundación Alternativas, Madrid, 2008.

GARCÍA FERNÁNDEZ, M.

“Libertad empresarial de organización y exigencias del principio de igualdad”, en *La reforma del mercado de trabajo*, La Ley, Madrid, 1993.

GARCÍA MURCIA, J.

“Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales”, en *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española. Estudios en Homenaje al profesor Miguel Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer*, M. E. Casas Baamonde, F. Durán López y J. Cruz Villalón (coords.), La Ley, Madrid, 2006.

GARCÍA MURCIA, J. y MARTÍNEZ MORENO, C.

“La obligación del empresario de informar al trabajador acerca de sus condiciones de trabajo. Una primera aproximación a la Directiva 91/583/CE de 14 de Octubre” en *Relaciones Laborales*, nº 8, La Ley, 1992.

GARCÍA-PARDO, D.

*La protección internacional de la libertad religiosa*, Universidad Complutense, Madrid, 2000.

GARCÍA-PARDO, D.

“Descanso semanal y festividades religiosas islámicas”, en *Los musulmanes en España. Libertad religiosa e identidad cultural*, A. Motilla de La Calle (ed.), Trotta, Madrid, 2004.

GARCÍA VIÑA, J.

*La buena fe en el contrato de trabajo. Especial referencia a la figura del trabajador*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2001.

GARVEY, J. y SCHAUER, F.

*The First Amendment: A Reader*, 2ª ed., West Academic Publishing, Saint Paul, 2005.

GARRORENA MORALES, A.

*El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984.

GAVARA DE CARA, J. C.

*Contenido y función del término de comparación en la aplicación del principio de igualdad*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.

GIMÉNEZ GLUCK, D.

*Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

GIMÉNEZ GLUCK, D.

*Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona, 2004.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.

“El pañuelo islámico: la respuesta europea”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXVIII, 2012.

GONZÁLEZ BIEDMA, E.

“La apariencia física del trabajador y el contrato de trabajo: una aproximación al problema” en *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, M. E. Casas Baamonde, F. Durán López, y J. Cruz Villalón (coords.), La Ley, Madrid, 2006.

GONZÁLEZ MORENO, B.

*Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*, Civitas, Madrid, 2003.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, A.

“Simbología y prácticas religiosas en los espacios públicos en Canadá”, en *RGDCDEE*, nº 24, lustel.com, 2010.

GOÑI SEIN, J. L.

*El respeto a la esfera privada del trabajador. Un estudio sobre los límites del poder del control empresarial*, Civitas, Madrid, 1988.

GORELLI HERNÁNDEZ, J.

“Libertad de expresión, ideario de la empresa y despido (en torno a la STC 106/1996, de 12 de junio, BOE de 12 de Julio)”, en *Actualidad Laboral*, nº 6, 1997.

GRANDI, M.

*L'attività sindacale nell' impresa*, Franco Angeli, Milano, 1976.

GREER, S.

*The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, Strasbourg, 2000.

GRILLO, R. *et al.*

*Legal practice and cultural diversity*, Ashgate Publishing, Farnham (Reino Unido), 2009.

GUERINI, U.

“L’impresa di tendenza e le norme penali dello statuto dei lavoratori”, en *Revista Giuridica dei Lavoro e della Provvidenza Sociale*, nº 3, 1981.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I.

*Dignidad y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

GUTIÉRREZ DEL MORAL, M. J.

“A propósito del velo islámico ¿Es posible una solución intercultural?”, en *RGDCDEE*, nº 24, lustel.com, 2010.

GUTIÉRREZ DEL MORAL, M. J.

“¿Interculturalidad, multiculturalidad o simplemente pluralismo religioso?”, en *RGDCDEE*, nº 27, lustel.com, 2011.

HELLY, D.

“Formas de intolerancia religiosa”, en *¿Hacia una sociedad post-secular? La gestión pública de la nueva diversidad religiosa*, F. Colom González y A. López Sala (coords.), Col. Actas 2, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2011.

HEREDERO HIGUERAS, M.

*La Ley Orgánica 5/1992 de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal. Comentarios y textos*, Tecnos, Madrid, 1996.

HERRÁN ORTIZ, A. I.

*La violación de la intimidad en la protección de datos personales*, Dykinson, Madrid, 1998.

HESSE, K.

“La interpretación constitucional”, en *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

HILL, M.

“Simbología religiosa y objeción de conciencia en el lugar de trabajo: un examen de la sentencia de Estrasburgo en Eweida y otros c. Reino Unido”, en *RGDCDEE*, nº 32, lustel.com, 2013.

HOLMES, S. y SUNSTEIN, C. S.

*El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2011.

IBÁN PÉREZ, I. C.

“La libertad religiosa como derecho fundamental” en *Anuario de Derechos Humanos*, nº 3, 1984-85.

JACOBS, F. G. and WHITE, R. C. A.

*The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1996.



JÉZÉQUEL, M.

“Conflits de normes et valeurs: quelles balises pour le vivre-ensemble?”, ponencia presentada en la reunión de trabajo «Competencias interculturales en los servicios sociales», Estrasburgo, Consejo de Europa, 23-24 de octubre de 2008, documento DGIII/DCS, 2008.

JÉZÉQUEL, M.

“L’obligation d’accommodement raisonnable: ses potentiels et ses limites” en *Accommodements institutionnels et citoyens: cadres juridiques et politiques pour interagir dans des sociétés plurielles. Tendances de la cohésion sociale*, nº 21, Conseil de l’Europe, Bruxelles, 2010.

KANT, I.

*La religión dentro de los límites de la mera Razón*, Alianza Editorial, Madrid, 1986.

KANT, I.

*La metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 2005.

KLATT, M.

“Positive Obligations under the European Convention on Human Rights”, en *Journal of International Law*, nº 71.

KÜNG, H.

*Proyecto de una Ética mundial*, Trotta, Madrid, 2006.

LEGG, A.

*The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

LERNER N.

*Discriminación racial y religiosa en el Derecho Internacional*, 2ª ed., Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, Diciembre 2002.

LIMÓN LUQUE, M. A. y ESPÍN SÁEZ, M.

“La extinción del contrato de trabajo previa al inicio de la prestación efectiva de trabajo ¿constituye un despido?”, en *Aranzadi Social*, nº 5, 2003.

LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN, E. *et alt.*

*Derecho Constitucional*, vol. I, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, A.

“Despido improcedente de una dependienta de grandes almacenes por llevar velo islámico”, en *RGDCDEE*, nº 3, lustel.com, 2003.

LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, A. y PALOMINO LOZANO, R.

“¿Cabe la discriminación positiva en relación con el factor religioso?”, en *RGDCDEE*, nº 25, lustel.com, 2011.

LLAMAZARES CALZADILLA, M<sup>a</sup>. C.

*Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, Civitas, Madrid, 1999.

LLAMAZARES CALZADILLA, M<sup>a</sup>. C.

“Libertad de conciencia y dignidad de la persona”, en *Estudios en homenaje al profesor Martínez Valls*, Universidad de Alicante, Alicante, 2000.

LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.

*Derecho eclesiástico del Estado. Derecho de la libertad de conciencia*, 2<sup>a</sup> ed., Universidad Complutense, Madrid, 1991.

LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.

“La objeción de conciencia y la construcción científica del Derecho Eclesiástico del Estado”, en *Objeción de conciencia. Actas del VI Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, Valencia, 1993.

LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.

*Derecho de la libertad de conciencia I. Libertad de conciencia y laicidad*, Civitas, Madrid, 1997.

LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.

*Derecho de la libertad de conciencia II. Libertad de conciencia, identidad personal y derecho de asociación*, Civitas, Madrid, 1999.

LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.

*Derecho de la libertad de conciencia I*, 2<sup>a</sup> ed., Civitas, Madrid, 2002.

LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.

“A modo de presentación. Laicidad, libertad de conciencia y acuerdos del Estado con las confesiones religiosas”, en *Libertad de conciencia y laicidad en las instituciones y servicios públicos*, D. Llamazares Fernández (dir.), Dykinson, Madrid, 2005.

LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.

*Derecho de la libertad de conciencia I. Libertad de conciencia y laicidad*, 3<sup>a</sup> ed., Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007.

LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.

*Derecho de la libertad de conciencia II. Libertad de conciencia, identidad personal y solidaria*, Civitas, Pamplona, 2007.

LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.

“Libertad de conciencia y laicidad en la Constitución Española de 1978”, en *Jornadas Jurídicas sobre Libertad Religiosa*, J. Ferreiro Galguera (coord.), Ministerio de Justicia, Madrid, 2008.

LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.

“Bioética, moral pública y derecho”, en *Teoría de la justicia y derechos fundamentales. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces Barba*, vol. III, Dykinson, Madrid, 2008.

LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.

*Derecho de la libertad de conciencia I. Conciencia, tolerancia y laicidad*, 4ª ed., Thomson Reuters, Pamplona, 2011.

MACLURE, J. I. y TAYLOR, C.

*Laicidad y libertad de conciencia*, Alianza Editorial, Madrid, 2011.

MALDONADO MONTOYA, J. P.

*Las actividades religiosas ante el Derecho del Trabajo*, Aranzadi, Cizur-Menor (Navarra), 2006.

MARTÍ, J. M.

“El carácter propio de las entidades religiosas a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 106/1996”, en *Ius Canonicum*, vol. XXXVII, nº 74, 1997.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.

“Símbolos religiosos en actos y espacios institucionales”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXVIII, 2012.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.

“Libertad religiosa y exigencias laborales”, en *Revista de Administración Pública*, nº 195, Madrid, 2014.

MARTÍN SÁNCHEZ, I.

“El derecho a la formación de la conciencia y sus garantías constitucionales en el ordenamiento jurídico español”, en *Il Diritto Ecclesiastico*, vol. II, Giuffrè Editore, 1999.

MARTÍN SÁNCHEZ, I.

“El modelo actual de relación entre el Estado y el factor religioso en España”, en *Ius et Iura: Escritos de Derecho Eclesiástico y de Derecho Canónico en honor del Profesor Juan Fornés*, M. Blanco, B. Castillo, J. A. Fuentes y M. Sánchez-Lasheras (coords.), Comares, Granada, 2010.

MARTÍN SÁNCHEZ, I.

“Uso de símbolos religiosos y margen de apreciación nacional en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *RGDCDEE*, nº 35, Iustel.com, 2014.

- MARTÍN VALVERDE, A.  
*Derecho del Trabajo*, 18ª ed., Tecnos, Madrid, 2009.
- MARTÍNEZ TORRÓN, J.  
*Separatismo y cooperación en los Acuerdos del Estado con las minorías religiosas*, Comares, Granada, 1994.
- MARTÍNEZ TORRÓN, J.  
“La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo”, en *Derecho y Religión*, vol. IV, Delta Publicaciones, 2009.
- MARTÍNEZ TORRÓN, J.  
“The (Un)protection of Individual Religious Identity in the Strasbourg Case Law”, en *Oxford Journal of Law and Religion*, vol. 1, nº 2, 2012.
- MAYORAL CORTÉS, V.  
“Libertad religiosa y laicidad: los límites del modelo”, en *La nueva realidad religiosa española. 25 años de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2006.
- MCILROY, D. H.  
“A Marginal Victory for Freedom of Religion”, en *Oxford Journal of Law and Religion*, vol. 2, nº 1, 2013.
- MEGRET, F.  
“Le Canada à la pointe de la tolerance? L’accommodement raisonnable à l’aune du droit international des droits de la personne”, en *La religion, le droit et le raisonnable*, J. F. Gaudreault-Desbiens (dir.), Themis, Montreal, 2008.
- MELÉNDEZ VALDÉS NAVAS, M.  
“Reflexiones jurídicas en torno a los símbolos religiosos”, en *RGDCDEE*, nº 24, lustel.com, 2010.
- MESEGUER VELASCO, S.  
“La integración de la diversidad religiosa en el ámbito de las relaciones laborales: la cuestión de las prácticas religiosas”, en *RGDCDEE*, nº 28, lustel.com, 2012.
- MILOT, M.  
“La laïcité au Québec et en France”, en *Bulletin d’histoire politique*, vol. 13, nº 3, Québec, 2005.
- MOLINA NAVARRETE, C.  
“La metamorfosis de la cuestión social: ¿Del Welfare State al Workfare State? Dos concepciones de la idea de contrapartida de las prestaciones sociales” en *Pensiones sociales. Problemas y alternativas, IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Parte 1, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1999.

MONEREO PÉREZ, J. L.

*Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

MONTOYA MELGAR, A.

“El derecho a la no discriminación en el Estatuto de los Trabajadores”, en *Documentación Laboral*, nº 7, 1983.

MONTOYA MELGAR, A.

“Nuevas dimensiones jurídicas de la organización del trabajo en la empresa” en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 23, 2000.

MONTOYA MELGAR, A.

*Derecho del Trabajo*, 30ª ed., Tecnos, Madrid, 2003.

MORÁN GARCÍA, G.

“XXV Aniversario de la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 25/11/1981: balance y retos” en *RGDCDEE*, nº 13, lustel.com, 2007.

MORENO BOTELLA, G.

“El carácter propio de las entidades religiosas y sus consecuencias en el Derecho laboral español”, en *REDC*, nº 44, 1987.

MORENO BOTELLA, G.

“Ideario de un hospital católico y despido. A propósito de la Sentencia del TC 106/1996 de 12 de junio”, en *REDC*, nº 54, 1997.

MORENO BOTELLA, G.

*Libertad de conciencia del trabajador en empresas ideológicas confesionales*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2003.

MORENO BOTELLA, G.

*Organizaciones religiosas y deber de lealtad*, Editorial Académica Española, Saarbrücken (Alemania), 2012.

MORONDO TARAMUNDI, D.

“Abuso y aporías en el conflicto de derechos a no sufrir discriminación”, en *Cuadernos electrónicos de filosofía del Derecho*, nº 28, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Valencia, 2013.

MOTILLA DE LA CALLE, A.

“Concepto y régimen jurídico de las entidades religiosas”, en *La libertad religiosa a los veinte años de su Ley orgánica*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1999.

MOTILLA DE LA CALLE, A.

“Ley Orgánica de Libertad Religiosa y Acuerdos con las confesiones: experiencia y sugerencias de *iure condendo*”, en *RGDCDEE*, nº 19, lustel.com, 2009.

MOTILLA DE LA CALLE, A.

“La prohibición del burka islámico en Europa y en España: reflexiones de *iure condendo*”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXVIII, 2012.

NAVARRO VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J.

*Conflictos entre conciencia y ley: las objeciones de conciencia*, 2ª ed., lustel, Madrid, 2012.

NUSSBAUM, M.C.

*Women and Human Development*, University Press, Cambridge, 2001. [Las mujeres y el desarrollo humano, trad. de R. Herald Bernet, Herder, Barcelona, 2002].

NUSSBAUM, M.C.

*Frontiers of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, Massachussetts, 2006. [Las fronteras de la justicia: consideraciones sobre la exclusión, trad. de A. Santos Mosquera y R. Vilá Vernis, Paidós, Barcelona, 2006].

NUSSBAUM, M. C.

*Libertad de conciencia: el ataque a la igualdad de respeto*, Katz Editores, Madrid, 2011. Esta publicación reproduce la conferencia que tuvo lugar en el Centro de Cultura Contemporánea de Barcelona (CCCB) el 28 de junio de 2010.

OBSERVATORIO DEL PLURALISMO RELIGIOSO EN ESPAÑA

*Actas del I Congreso Internacional sobre Gestión del Pluralismo Religioso*, Observatorio del pluralismo religioso en España, Madrid, 2014.

ODIO BENITO, E.

*Study of the current Dimensions of the Problems of Intolerance and Discrimination Based on Religion or Belief*, Doc. ONU E CN /Sub. 2/1987/26.

ODRIOZOLA IGUAL, C.

“Relaciones de trabajo en el contexto de organizaciones ideológicas y religiosas: la Directiva 2000/78/CE de 27 de diciembre sobre empleo y trabajo”, en *RGDCDEE*, nº 6, lustel.com, 2004.

OJEDA AVILÉS, A.

“El proceso de colocación revisitado”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 14, Civitas, 1983.

ORTIZ LALLANA, M. C.

“Derechos fundamentales y relación laboral”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 13, 1998.

OTADUY GUERÍN, J.

“Las empresas ideológicas: aproximación al concepto y supuestos a los que se extiende”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. II, Universidad Complutense, Madrid, 1986.

OTADUY GUERÍN, J.

“La cláusula de salvaguarda de la identidad de las instituciones religiosas. Doctrina y jurisprudencia”, en *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del profesor P. Lombardía*, Edersa, Madrid, 1989.

OTADUY GUERÍN, J.

*Régimen jurídico español del trabajo de eclesiásticos y religiosos*, Tecnos, Madrid, 1993.

PACE, A.

“Igualdad y libertad”, en *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, M. Carbonell (comp.), Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2003.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.

*Despidos discriminatorios y libertad sindical*, Civitas, Madrid, 1983.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.

*Derecho del trabajo*, 16ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008.

PALOMINO LOZANO, R.

“El área de conocimiento *Sociedad, cultura y religión*: algunos aspectos relacionados con la libertad religiosa y de creencias. Comentarios al hilo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2005”, en *RGDCDEE*, nº 10, lustel.com, 2006.

PALOMINO LOZANO, R.

“La discriminación positiva en la UE y los límites de la discriminación positiva: carencias y debilidades de las actuales políticas de discriminación positiva en Europa”, en *Anuario de Derechos Humanos*, nº 9, 2008.

PALOMINO LOZANO, R.

“Comentario de Jurisprudencia. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4ª) de 15 enero de 2013, asunto *Eweida y otros contra Reino Unido*”, en *Revista de Derecho y Ciencia Política*, Universidad de Salamanca, 2013.

- PAREKH, B.  
*Repensando el multiculturalismo*, Istmo, Madrid, 2005.
- PECES-BARBA, G.  
*La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2002.
- PERALTA, R.  
*Libertad de conciencia y Estado constitucional*, Universidad Complutense, Madrid, 2004.
- PÉREZ DOMÍNGUEZ, E.  
“Colocación y servicios de empleo en el Estado Social Autnómico”, en *Colocación y Servicios de Empleo*, E. J. Calvo Gallego y M. Rodríguez-Piñero (dirs.), Consejo Económico y Social, Madrid, 2011.
- PÉREZ-MADRID, F.  
“Objeción de conciencia y uniones civiles entre personas del mismo sexo: comentarios acerca del caso Ladele contra Reino Unido”, en *RGDCDEE*, nº 32, 2013.
- PÉREZ ROYO, J.  
*Curso de Derecho Constitucional*, 11ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2007.
- POLO SABAU, J. R.  
*¿Derecho Eclesiástico del Estado o libertades públicas?*, Universidad de Málaga, Málaga, 2002.
- POLLACK, D. y PICKEL, G.  
“Religious Individualization or Secularization? Testing Hypotheses of Religious Change: The Case of Eastern and Western Germany”, en *British Journal of Sociology*, vol. 58, nº 4, 2008.
- PORRAS RAMÍREZ, J. M.  
“La garantía de la libertad de pensamiento, conciencia y religión en el Tratado Constitucional Europeo”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 4, 2005.
- PRIETO SANCHÍS, L.  
“Principios constitucionales del Derecho Eclesiástico español”, en *Manual de Derecho Eclesiástico*, Ibán, I. C., Prieto Sanchís, L. y Motilla, A. (autores), Trotta, Madrid, 2004.
- QUESADA SEGURA, R.  
*Los principios constitucionales y el modelo de protección por desempleo*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2004.



RAMÍREZ HEREDIA, J. D.

“Algunas sospechosas ausencias en la transposición de la Directiva comunitaria relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico”, en *Tiempo de Paz*, nº 73, 2004.

RAWLS, J.

*El liberalismo político*, Crítica, Barcelona, 2004.

RELAÑO PASTOR, E.

“La libertad religiosa y el pluralismo religioso en la Constitución canadiense”, en *Derechos y libertades en Canadá*, E. Mitjans (ed.); J. Castellà Andreu (coord.), Atelier, Barcelona, 2005.

REY GUANTER, S.

“Contrato de trabajo y derechos fundamentales en la doctrina del Tribunal Constitucional”, en *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991. Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional*, M. R. Alarcón Caracuel (coord.), Marcial Pons, Madrid, 1992.

RIVERO RODRIGUEZ, A.

“La vuelta de la religión a la política en Europa”, en *¿Hacia una sociedad post-secular? La gestión pública de la nueva diversidad religiosa*, F. Colom González y A. López Sala (coords.), Col. Actas 2, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2011.

RODRÍGUEZ CARDO, I.

*Poder de dirección empresarial y esfera privada del trabajador*, Consejo Económico y Social de Asturias, Oviedo, 2009.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.

“No discriminación en las relaciones laborales”, en *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, tomo IV, Edersa, Madrid, 1983.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.

“Principio de igualdad y Derecho del Trabajo”, en *El principio de igualdad en la Constitución Española*, vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.

“Derecho Comunitario e información a los trabajadores sobre sus condiciones laborales”, en *Relaciones Laborales*, nº 24, La Ley, 1992.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.

“Igualdad y no discriminación en el empleo”, en *Derecho y Conocimiento*, nº 1, 2001.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.

“Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo”, en *Tres décadas de relaciones laborales*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2015.

- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.  
“Intimidad del trabajador y contrato de trabajo”, en *Tres décadas de relaciones laborales*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2015.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.  
“La emancipación del Derecho del Trabajo del Derecho Civil”, en *Tres décadas de relaciones laborales*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2015.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.  
“Libertad ideológica, contrato de trabajo y objeción de conciencia”, en *Tres décadas de relaciones laborales*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2015.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.  
“Negociación colectiva e individualización de las relaciones laborales”, en *Tres décadas de relaciones laborales*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2015.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.  
*Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.
- ROJAS RIVERO, G. P.  
*La libertad de expresión del trabajador*, Trotta, Madrid, 1991.
- RORIVE, I.  
“Religions Symbols in the Public Space: in Search of an European Answer”, en *Cardozo Law Review*, 2009.
- ROSSELL GRANADOS, J.  
“El concepto y contenido del derecho de libertad religiosa en la doctrina científica española y su incidencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XV, 1999.
- ROSSELL GRANADOS, J.  
*La no discriminación por motivos religiosos en España*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2008.
- RUANO ESPINA, L.  
“La protección de la libertad religiosa ante una posible reforma de la LOLR”, en *RGDCDEE*, nº 25, lustel.com, 2011.
- RUIZ BURSÓN, F. J.  
“Novedades desde Estrasburgo sobre la objeción de conciencia”, en *RGDCDEE*, nº 31, lustel.com, 2013.

RUIZ MIGUEL, A.

“Reflexiones sobre el significado del principio constitucional de igualdad”, en *El principio de igualdad*, L. García San Miguel (ed.), Universidad de Alcalá de Henares/Dykinson, Madrid, 2000.

RUIZ MIGUEL, A.

*Laicismo y constitución*, Autor-Editor, Madrid, 2009.

RUIZ VIEYTEZ, E. J.

“Crítica del acomodo razonable como instrumento jurídico del multiculturalismo”, en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 18, 2009.

RUIZ VIEYTEZ, E. J.

“Acomodo razonable y diversidad cultural: valoración y crítica” en *Derechos humanos, migraciones y diversidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

RUIZ VIEYTEZ, E. J.

*Las prácticas de armonización como instrumento de gestión pública de la diversidad religiosa*, Observatorio del Pluralismo religioso en España, Madrid, 2012.

RUIZ VIEYTEZ, E. J. y URRUTIA ASÚA, G.

*Derechos Humanos en contextos multiculturales. ¿Acomodo de derechos o derecho de acomodo?*, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Alberdania, San Sebastián, 2010.

SÁEZ LARA, C.

*Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1994.

SÁIZ ARNAIZ, A.

*La apertura constitucional al Derecho Internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10. 2. de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

SÁNCHEZ RODAS, C.

*El precontrato de trabajo. Régimen jurídico*, Aranzadi, Navarra, 2011.

SANZ CALVO, L.

“Artículo 7. Datos especialmente protegidos”, en *La Ley de Protección de Datos. Análisis y comentario de su jurisprudencia*, C. Lesmes Serrano (coord.), Lex Nova, Valladolid, 2008.

SASTRE IBARRECHE, R.

*El derecho al trabajo*, Trotta, Madrid, 1996.

SEGLERS GÓMEZ-QUINTERO, A.

“La cláusula multiculturalista y el ejercicio de la libertad religiosa”, en *Laicidad y libertades: escritos jurídicos*, nº 4, Universidad Complutense de Madrid, 2004.

SEMPERE NAVARRO, V.

“La incorregible *Ley de Acompañamiento* y el principio de igualdad. A propósito de la Ley 62/2003”, en *Actualidad jurídica Aranzadi*, nº 608, 2004.

SERRA CALLEJA, J.

“La discriminación laboral por causas atípicas: el aspecto físico y la posesión de enfermedades contagiosas”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 128, Centro de Estudios Financieros, 1993.

SOLAR CAYÓN, J. I.

“Cautelas y excesos en el tratamiento del factor religioso en la jurisprudencia del TEDH”, en *Derechos y Libertades*, vol. 20, 2009.

SOUTO GALVÁN, E.

“La Libertad Religiosa en la Constitución y en la Declaración Universal de Derechos Humanos”, en *La libertad religiosa y su regulación legal. La Ley Orgánica de Libertad Religiosa*, R. Navarro Valls, J. Mantecón Sancho y J. Martínez-Torrón (coords.), Iustel, Madrid, 2009.

SOUTO GÁLVEZ, E.

*El reconocimiento de la libertad religiosa en Naciones Unidas*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

SOUTO PAZ, J. A. y SOUTO GALVÁN, C.

*El derecho de libertad de creencias*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

STARK, R.

*An Economics of Religion*, R. Segal (ed.), Blackwell Publishing, Malden (Massachusetts), 2006.

STUART-MILL, J.

*Sobre la libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 1997.

SUAY RINCÓN, J.

*El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1985.

TAHZIB, B. G.

*Freedom of Religion or Belief. Ensuring effective International protection*, Kluwer Law International, The Hague, 1966.

- TAYLOR, C.  
*El multiculturalismo y la política del reconocimiento*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1993.
- TAYLOR, C.  
*La ética de la autenticidad*, Paidós, Barcelona, 1994.
- TAYLOR, C.  
*Las variedades de la religión hoy*, Paidós, Barcelona, 2003.
- TAYLOR, C.  
*A Secular Age*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 2007.
- TUSSMAN, J. y TENBROEK, J.  
“The equal protection of the laws”, en *California Law Review*, vol. XXXVII, nº 3, 1949.
- URÍAS, J.  
*Lecciones de Derecho de la información*, Tecnos, Madrid, 2003.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.  
“Tratos preliminares y condiciones del contrato de trabajo”, en *Revista de Política Social*, nº 111, 1976.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.  
“Servicios públicos de empleo y contratación laboral”, en *El Estatuto de los Trabajadores*, E. Borrajo Dacruz (dir.), Edersa, Madrid, 1983.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.  
“Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, en *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta, Madrid, 1992.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.  
“Libertad religiosa y contrato de trabajo”, en *Las transformaciones del Derecho del trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en Homenaje al Profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, M. E. Casas Baamonde, F. Durán López y J. Cruz Villalón (coords.), La Ley, Madrid, 2006.
- VALTICOS, N.  
*La Organización Internacional del Trabajo en las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, UNESCO, 1979.
- VIDAL GALLARDO, M.  
*Trabajo y Seguridad Social de los miembros de la Iglesia católica*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1996.

VILADRICH, P. J.

“Los principios informadores del Derecho Eclesiástico español”, en *Derecho Eclesiástico español*, 2ª ed., J. M. González del Valle *et al.*, EUNSA, Pamplona, 1983.

WOEHLING, J.

“Les principes régissant la place de la religion dans les écoles publiques du Québec”, en *Les accommodements raisonnables: quoi, comment, jusqu'où? Des outils pour tous*, M. Jézéquel (dir.), Yvon Blais, Québec, 2008.

ZAGREBELSKY, G.

*El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta-Comunidad de Madrid, Madrid, 1995.

## **FUENTES NORMATIVAS Y DOCUMENTALES**

### **1.- FUENTES NORMATIVAS**

#### **1.1. NORMATIVA ESPAÑOLA**

-Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978 (BOE nº 311, de 29 de diciembre de 1978).

-Acuerdo de Cooperación entre el Estado Español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979 sobre asuntos jurídicos. Instrumento de Ratificación de 4 de diciembre de 1979 (BOE nº 300, de 15 de diciembre de 1979).

-Acuerdo de Cooperación entre el Estado Español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979 sobre enseñanza y asuntos culturales. Instrumento de Ratificación de 4 de diciembre de 1979 (BOE nº 300, de 15 de diciembre de 1979).

-Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (BOE nº 177, de 24 de julio de 1980).

-Ley Orgánica 2/1997, de 19 de junio, reguladora de la cláusula de conciencia de los profesionales de la información (BOE nº 147, de 20 de junio de 1997).

-Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (BOE nº 298, de 14 de diciembre de 1999).

-Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (BOE nº 106, de 4 de mayo de 2006).

-Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (BOE nº 295, de 10 de diciembre de 2013).

-Ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (BOE nº 272, de 12 de noviembre de 1992).

-Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España (BOE nº 272, de 12 de noviembre de 1992).

-Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España (BOE nº 272, de 12 de noviembre de 1992).

-Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE nº 313, de 31 de diciembre de 2003).

-Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (BOE nº 299, de 15 de diciembre de 2006).

-Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE nº 227, de 18 de septiembre de 2010).

-Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (BOE nº 289, de 3 de diciembre de 2013).

-Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE nº 255, de 24 de octubre de 2015).

-Real Decreto 2389/1977, de 27 de agosto, que regula la Seguridad Social del Clero (BOE nº 222, de 16 de septiembre de 1977).

-Real Decreto 3325/1981, de 29 de diciembre, incorpora al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por cuenta propia o Autónomos a los religiosos y religiosas de la Iglesia Católica (BOE nº 18, de 21 de enero de 1982).

-Real Decreto 494/1984, de 22 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra y del Aire (BOE nº 61, de 12 de marzo de 1984).

-Real Decreto 1024/1984, de 23 de mayo, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas de la Armada (BOE nº 129, de 30 de mayo de 1984).

-Real Decreto 487/1998, de 27 de marzo, y el Real Decreto 2665/1998, de 11 de diciembre que lo completa, reconocen como cotizados a la Seguridad Social los periodos de actividad sacerdotal o religiosa de los sacerdotes y religiosos o religiosas de la Iglesia católica secularizados (BOE nº 85, de 9 de abril de 1998 y BOE nº 7, de 8 de enero de 1999, respectivamente).

-Real Decreto 832/2003, de 27 de junio, que regula la ordenación de las enseñanzas comunes de bachillerato (BOE nº 159, de 4 de julio de 2003).



-Reales Decretos 822/2005, de 8 de julio y 1614/2007, de 7 de diciembre, desarrollan los términos y condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de los clérigos de la Iglesia Ortodoxa del Patriarcado de Moscú en España y de los miembros de la Orden religiosa de los Testigos de Jehová en España (BOE nº 176, de 25 de julio de 2005 y BOE nº 306, de 22 de diciembre de 2007, respectivamente).

-Reales Decretos 176/2006 de 10 de febrero y 1138/2007, de 31 de agosto, desarrollan los términos y condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de los dirigentes religiosos e imanes de las comunidades integradas en la Comisión Islámica de España, y de los ministros de culto de las iglesias pertenecientes a la FEREDE (BOE nº 42, de 18 de febrero de 2006 y BOE nº 220, de 13 de septiembre de 2006, respectivamente).

-Real Decreto 696/2007, de 1 de junio, por el que se regula la relación laboral de los profesores de religión prevista en la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (BOE nº 138, de 9 de junio de 2007).

## **1.2. NORMATIVA INTERNACIONAL**

-Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948. Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 217, A, III, de 10 de diciembre de 1948).

-Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. Instrumento de Ratificación de 13 de abril de 1977 (BOE nº 103, de 30 de abril de 1977).

-Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. Instrumento de Ratificación de 13 de abril de 1977 (BOE nº 103, de 30 de abril de 1977).

-Convenio núm. 111 de la OIT, adoptado el 25 de junio de 1958, sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación, ratificado el 26 de octubre de 1967 (BOE nº 291, de 4 de diciembre de 1968).

-Convenio Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Resolución 2106, A, XX, de 21 de diciembre de 1965). Instrumento de Adhesión de 23 de abril de 1969 (BOE nº 118, de 17 de mayo de 1969).

### **1.3. NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA**

-Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007 (Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, BOE nº 184, de 31 de julio de 2008, por el que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007).

-Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000.

-Propuesta de Reglamento General de Protección de Datos, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de enero de 2012.

-Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (Diario Oficial de la Unión Europea, nº L 180/22, de 19 de julio de 2000).

-Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que prohíbe la discriminación por razones de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (Diario Oficial de la Unión Europea, nº L 303/16, de 2 de diciembre de 2000).

-Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro (Diario Oficial de la Unión Europea, nº L 373/37, de 21 de diciembre de 2004).

-Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (Diario Oficial de la Unión Europea, nº L 204, de 26 de julio de 2006).

### **1.4. NORMATIVA DEL CONSEJO DE EUROPA**

-Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, ratificado por España el 26 de septiembre de 1979 (BOE nº 243, de 10 de octubre de 1979).

-Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en París el 20 de marzo de 1952. Instrumento de Ratificación de 2 de noviembre de 1990 (BOE nº 11, de 12 de enero de 1991).

-Protocolo nº 12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 2000.

Instrumento de Ratificación de 25 de enero de 2008 (BOE nº 64, de 14 de marzo de 2008).

-Protocolo nº 14 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, por el que se modifica el mecanismo de control del Convenio, hecho en Estrasburgo el 13 de mayo de 2004. Instrumento de Ratificación de 3 de marzo de 2006 (BOE nº 130, de 28 de mayo de 2010).

-Convenio-Marco para la Protección de las Minorías Nacionales núm. 157 del Consejo de Europa, hecho en Estrasburgo el 1 de febrero de 1995. Instrumento de Ratificación de 20 de julio de 1995 (BOE nº 20, de 23 de enero de 1998).

-Convenio nº 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter general (BOE nº 274, de 15 de noviembre de 1985).

-Convenio nº 197 del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005. Instrumento de Ratificación de 23 de febrero de 2009 (BOE nº 219, de 10 de septiembre de 2009).

-Carta Social Europea nº 35 del Consejo de Europa, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961. Instrumento de Ratificación de 29 de abril de 1980 (BOE nº 153, de 26 de junio de 1980).

-Estatuto de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 13 de junio de 2002.

### **1.5. OTRA NORMATIVA**

-*Civil Rights Act*, Ley del Congreso 88/352, 78 Estados Unidos 241, promulgada el 2 de julio de 1964.

-Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32), en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969.

-Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul), de 27 de julio de 1981.

-Charte canadienne des droits et libertés, 1982. Édifiée comme l'annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.).

-Carta Árabe de Derechos Humanos, adoptada por la Liga de Estados Árabes el 15 de septiembre de 1994.

-Ley portuguesa de Libertad Religiosa, Ley nº 16/2001, de 22 de junio.



## 2.- FUENTES DOCUMENTALES

-Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o en las convicciones (Resolución 36/55, de 25 de noviembre de 1981 de la Asamblea General de Naciones Unidas).

-Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas (Resolución 45/123, de 18 de diciembre de 1992 de la Asamblea General de Naciones Unidas).

-Observación General nº 18, Documento CCPR/10/11/89, 1989, del Comité de Derechos Humanos.

-Observación General nº 22, relativa al art. 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada en el 48º período de sesiones del Comité de Derechos Humanos, 1993.

-Resolución sobre eliminación de todas las formas de intolerancia religiosa (Resolución 40, de 23 de abril de 2002 de la Comisión de Derechos Humanos).

-Informe A5-0391/2001 del Parlamento Europeo sobre repercusiones éticas, jurídicas, económicas y sociales de la genética humana, de 8 de noviembre de 2001.

-Recomendación nº 4 de Política General sobre Encuestas nacionales sobre la experiencia y la percepción de la discriminación y el racismo desde la perspectiva de las víctimas potenciales, adoptada por la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, el 6 de marzo de 1998.

-Recomendación 1927 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre Islam, Islamismo e Islamofobia en Europa, de 23 de junio de 2010.

-Recomendación nº 14 de Política General sobre la lucha contra el racismo y la discriminación racial en el empleo, adoptada por la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, el 22 de junio de 2012.

-Recomendación del Consejo de Europa R (89) 2, del Comité de Ministros a los Estados miembros, sobre la protección de los datos de carácter personal utilizados con fines de empleo.

-Dictamen relativo a la comunicación nº 931/2000: *Hudoyberganova v. Uzbekistán*, 18 de enero de 2005, CCPR/C/82/D/931/2000.

-Dictamen relativo a la comunicación nº. 208/1986: *Bhinder v. Canada*, 9 de noviembre de 1989, CCPR/C/37/D/208/1986.

-Documento CRC/C/15/Add.240, 2004, del Comité de Derechos del Niño.

- Documento CCPR/C/FRA/CO/4, 2008, del Comité de Derechos Humanos.
- Guidelines on Discrimination because of Religion*, EEOC, 1967.

### 3.- FUENTES JURISPRUDENCIALES

#### 3.1. COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

- Decisión *Knudsen contra Noruega*, de 8 de marzo de 1985.
- Decisión *Karlsson contra Suecia*, de 8 de septiembre de 1988.
- Decisión *Kontinnen contra Finlandia*, de 3 de diciembre de 1996.

#### 3.2. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- STEDH, *Lawles contra Irlanda*, de 7 de abril de 1961.
- STEDH, *Lawles contra Irlanda*, de 1 de julio de 1961.
- STEDH, *Handyside contra Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976.
- STEDH, *Tyrer contra Reino Unido*, de 25 de abril de 1978.
- STEDH, *Sunday Times contra Reino Unido*, de 26 de abril de 1979.
- STEDH, *Airey contra Irlanda*, de 9 de octubre de 1979.
- STEDH, *Campbell y Cosans contra Reino Unido*, de 25 de febrero de 1982.
- STEDH, *Kokkinakis contra Grecia*, de 25 de mayo de 1993.
- STEDH, *López Ostra contra España*, de 9 de diciembre de 1994.
- STEDH, *Manussakis contra Grecia*, de 26 de septiembre de 1996.
- STEDH, *Thlimennos contra Grecia*, de 6 de abril de 2000.
- STEDH, *Hasan y Chaush contra Bulgaria*, (Gran Sala), de 26 de octubre de 2000.
- STEDH, *Dahlab contra Suiza*, de 15 de febrero de 2001.
- STEDH, *Kress contra Francia*, de 7 de junio de 2001.

- STEDH, *Iglesia Metropolitana de Bessarabia y otros contra Moldova*, de 13 de diciembre de 2001.
- STEDH, *Christine Goodwin contra Reino Unido*, de 11 de julio de 2002.
- STEDH, *Gorzelik y otros contra Polonia* (Gran Sala), de 17 de febrero de 2004.
- STEDH, *Leyla Sahin contra Turquía* (Gran Sala), de 10 de noviembre de 2005.
- STEDH, *Köse y otros contra Turquía*, de 24 de enero de 2006.
- STEDH, *Kosteski contra Antigua República Yugoslava de Macedonia*, de 13 de abril de 2006.
- STEDH, *Dimitras y otros contra Grecia I*, de 3 de junio de 2006.
- STEDH, *Unidad de Moscú del Ejército de Salvación contra Rusia*, de 5 de octubre de 2006.
- STEDH, *Iglesia de la Cienciología de Moscú contra Rusia*, de 5 de abril de 2007.
- STEDH, *97 Testigos de Jehová de Gldani contra Georgia*, 3 de mayo de 2007.
- STEDH, *Svyato-Mykhaylivska Parafiya contra Ucrania*, de 14 de junio de 2007.
- STEDH, *D. H. y otros contra República Checa* (Gran Sala), de 13 de noviembre de 2007.
- STEDH, *Orsus y otros contra Croacia* (Gran Sala), de 17 de julio de 2008.
- STEDH, *Leela Förderkreis e. V. y otros contra Alemania*, de 6 de octubre de 2008.
- STEDH, *Shingara Mann Singh contra Francia* (Sección 5ª), de 13 de noviembre de 2008.
- STEDH, *Dogru contra Francia*, de 4 de diciembre de 2008.
- STEDH, *Santo Sínodo de la Iglesia Ortodoxa Búlgara (Metropolitano Inocencio) y otros contra Bulgaria*, de 22 de enero de 2009.
- STEDH, *Glor contra Suiza*, de 30 de abril de 2009.
- STEDH, *Bayatyan contra Armenia*, de 27 de octubre de 2009.
- STEDH, *Sinan Isik contra Turquía*, de 2 de julio de 2010.
- STEDH, *Jabóbski contra Polonia*, de 7 de diciembre de 2010.



- STEDH, *Siebenhaar contra Alemania*, de 3 de febrero de 2011.
- STEDH, *Lautsi contra Italia* (Gran Sala), de 18 de marzo de 2011.
- STEDH, *Bayatyan contra Armenia* (Gran Sala), de 7 de julio de 2011.
- STEDH, *Dimitras y otros contra Grecia II*, de 3 de noviembre de 2011.
- STEDH, *Sindicatul Pastorul Cel Bun contra Rumanía*, de 31 de enero de 2012.
- STEDH, *Sessa Francesco contra Italia*, de 3 de marzo de 2012.
- STEDH, *Fernández Martínez contra España*, de 15 de mayo de 2012.
- STEDH, *Dimitras y otros contra Grecia III*, de 8 de enero de 2013.
- STEDH, *Eweida y otros contra Reino Unido*, de 15 de enero de 2013.
- STEDH, *Austrianu contra Rumanía*, de 12 de febrero de 2013.
- STEDH, *Sindicatul Pastorul Cel Bun contra Rumanía* (Gran Sala), de 9 de julio de 2013.
- STEDH, *S. A. S. contra Francia*, de 1 de julio de 2014.

### **3.3. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA**

- STJUE, *Bilka-Kaufhaus Gmbh contra Weber Von Hartz*, Asunto 170/84 (1986) Rec. 1607, 13 de mayo de 1986.
- STJUE, *Rinner-Kühn contra FWW Spezial-Gebäudereinigung*, Asunto 171/88 (1989) Rec. 2743, 13 de julio de 1989.
- STJUE, *Nolte contra Landesversicherungsanstalt Hannover*, Asunto C-317/93 (1995) Rec. I-4625, 14 de diciembre de 1995.
- STJUE, *Hilde Schönheit contra Stadt Frankfurt am Main y Silvia Becker contra Land Hessen*, asuntos acumulados C-4/02 y C-5/02 (2003) Rec. I-12575, 23 de octubre de 2003.
- STJUE, *Coleman contra Attridge Law y Steve Law*, Asunto C-303/06 (2008) Rec. I-5603, 17 de Julio de 2008.

### **3.4. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

- STC 5/1981, de 13 de febrero.
- STC 19/1981, de 13 de febrero.
- STC 6/1981, de 16 de marzo.
- STC 22/1981, de 2 de junio.
- STC 21/1981, de 15 de junio.
- STC 25/1981, de 14 de julio.
- STC 38/1981, de 23 de noviembre.
- STC 15/1982, de 23 de abril.
- STC 24/1982, de 13 de mayo.
- STC 62/1982, de 15 de octubre.
- STC 3/1983, de 25 de enero.
- STC 14/1983, de 28 de febrero.
- STC 19/1983, de 14 de marzo.
- STC 34/1983, de 6 de mayo.
- STC 46/1983, de 27 de mayo.
- STC 101/1983, de 18 de noviembre.
- STC 111/1983, de 2 de diciembre.
- STC 114/1983, de 6 de diciembre.
- STC 120/1983, de 15 de diciembre.
- STC 67/1984, de 7 de junio.
- STC 83/1984, de 24 de julio.
- STC 94/1984, de 16 de octubre.
- STC 19/1985, de 13 de febrero.

- STC 47/1985, de 27 de marzo.
- STC 53/1985, de 11 de abril.
- STC 58/1985, de 30 de abril.
- STC 77/1985, de 27 de junio.
- STC 87/1985, de 16 de julio.
- STC 88/1985, de 19 de julio.
- STC 153/1985, de 7 de noviembre.
- STC 73/1986, de 3 de junio.
- STC 104/1986, de 17 de julio.
- STC 147/1986, de 25 de noviembre.
- STC 159/1986, de 12 de diciembre.
- STC 163/1986, de 17 de diciembre.
- STC 24/1987, de 25 de febrero.
- STC 4/1987, de 27 de marzo.
- STC 76/1987, de 25 de mayo.
- STC 160/1987, de 27 de octubre.
- STC 161/1987, de 27 de octubre.
- STC 165/1987, de 27 de octubre.
- STC 207/1987, de 22 de diciembre.
- STC 6/1988, de 21 de enero.
- STC 64/1988, de 12 de abril.
- STC 177/1988, de 10 de octubre.
- STC 84/1989, de 10 de mayo.
- STC 108/1989, de 8 de junio.
- STC 121/1989, de 3 de julio.

- STC 129/1989, de 17 de julio.
- STC 177/1989, de 30 de octubre.
- STC 20/1990, de 15 de febrero.
- STC 24/1990, de 15 de febrero.
- STC 105/1990, de 6 de junio.
- STC 120/1990, de 27 de junio.
- STC 171/1990, de 5 de noviembre.
- STC 172/1990, de 5 de noviembre.
- STC 36/1991, de 14 de febrero.
- STC 136/1991, de 20 de junio.
- STC 216/1991, de 14 de noviembre.
- STC 28/1992, de 9 de marzo.
- STC 240/1992, de 21 de diciembre.
- STC 15/1993, de 18 de enero.
- STC 208/1993, de 28 de junio.
- STC 225/1993, de 8 de julio.
- STC 227/1993, de 9 de julio.
- STC 292/1993, de 18 de octubre.
- STC 336/1993, de 15 de noviembre.
- STC 63/1994, de 28 de febrero.
- STC 94/1994, de 21 de marzo.
- STC 99/1994, de 11 de abril.
- STC 170/1994, de 7 de junio.
- STC 288/1994, de 27 de octubre.
- STC 321/1994, de 28 de noviembre.

- STC 6/1995, de 10 de enero.
- STC 106/1996, de 12 de junio.
- STC 138/1996, de 16 de septiembre.
- STC 177/1996, de 11 de noviembre.
- STC 204/1997, de 25 de noviembre.
- STC 94/1999, de 31 de mayo.
- STC 134/1999, de 15 de julio.
- STC 202/1999, de 8 de noviembre.
- STC 186/2000, de 10 de julio.
- STC 46/2001, de 15 de febrero.
- STC 128/2001, de 4 de junio.
- STC 20/2002, de 28 de enero.
- STC 154/2002, de 18 de julio.
- STC 225/2002, de 9 de diciembre.
- STC 14/2003, de 30 de enero.
- STC 109/2003, de 5 de junio.
- STC 126/2003, de 30 de junio.
- STC 198/2003, de 10 de noviembre.
- STC 151/2004, de 20 de septiembre.
- STC 38/2007, de 15 de febrero.
- STC 128/2007, de 4 de junio.
- STC 62/2008, de 26 de mayo.
- STC 34/2011, de 28 de marzo.
- STC 51/2011, de 14 de abril.
- STC 145/2015, de 25 de junio.

- ATC 369/1984, de 20 de junio.
- ATC 643/1986, de 23 de julio.
- ATC 1069/1987, de 30 de septiembre.
- ATC 71/1993, de 1 de marzo.

### **3.5. TRIBUNAL SUPREMO**

- STS, 19 de junio de 1996, (nº de recurso 2743/1995).
- STS, 30 de abril de 1997, (nº de recurso 3561/1996).
- STS, 23 de mayo de 2000, (nº de recurso 2695/1999).
- STS, 11 de abril de 2001, (nº de recurso 4181/2000).
- STS, 14 de mayo de 2001, (nº de recurso 192/1999).
- STS, 12 de diciembre de 2001, (nº de recurso 3877/1999).
- STS, 17 de diciembre de 2001, (nº de recurso 1737/2001).
- STS, 19 de diciembre de 2001, (nº de recurso 3339/2000).
- STS, 4 de febrero de 2002, (nº de recurso 1018/2001).
- STS, 10 de julio de 2002, (nº de recurso 4732/2000).
- STS, 9 de julio de 2003, (nº de recurso 1945/2002).
- STS, 19 de septiembre de 2005, (nº de recurso 6495/2003).
- STS, 25 de enero de 2005, (nº de recurso 119/2003).

### **3.6. OTRAS INSTANCIAS**

- Sentencia nº 279/2000 del Juzgado de lo Social nº 3 de Murcia, 28 de septiembre.
- Sentencia nº 1126 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 27 de octubre de 1997.

-Sentencia nº 262 del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, 26 de febrero de 2001.

-Sentencia nº 3992 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, 22 de febrero de 2002.

-Sentencia nº 958 del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, 9 de septiembre de 2002.

### **3.7. JURISPRUDENCIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA**

-*Abrams v. United States*, 250 U.S.616 (1919).

-*Braunfeld v. Brown*, 366 U.S.599 (1961).

-*Sherbert v. Verner*, 374 U.S.398 (1963).

-*Dewey v. Reynolds Metal Company*, 402 U.S.689 (1971).

-*Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S.205 (1972).

-*Mississippi Employment Security Commission v. Deborah V. McGlothlin*, 556 So. 2d 324 (Miss. 1990), Supreme Court of Mississippi, de 10 de enero de 1990.

-*Fraternal Order of Police Newark Lodge nº 12 v. City of Newark*, 170 F.3d 359 (3d Cir. 1999).

-*Daniels v. City of Arlington*, 246 F.3d 500 (5th Cir. 2001).

-*Webb v. City of Philadelphia*, 562 F.3d 256 (3d Cir. 2009).

### **3.8. OTROS TRIBUNALES**

-*Singh v. Workmen's Compensation Board Hospital Rehabilitation Centre* (1981) C.H.R.R. D/459.

-*Bhinder v. Canadian National Railway* (1985) 2 S.C.R. 561.

-*Ontario (Human Rights Commission) v. Simpsons-Sears* (1985) 2 S.C.R. 536, de 17 de diciembre de 1985.

-*Renaud v. Central Okanagan School District nº. 23* (1992) 2 S.C.R. 970.

-*Smart v. T. Eaton Ltée* (1993) J.E. 93-446 (T.D.P.Q.).

-*Nijjar v. Canadá 3000 Airlines Ltd.* (1999) C.H.R.D. nº 3 (QL).

-*Sindicat Northcrest v. Amselem* (2004) 2 S.C.R. 551, 2004 S.C.C. 474.

-*Loomba v. Home Depot Canada Inc. and Brian Busch*, (2010) HRTO 1434-CanLII. Sentencia dictada por el Human Rights Tribunal de Ontario de 29 de junio de 2010.



## **ABREVIATURAS**

<b>AEAC</b>	Acuerdo de Cooperación entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Enseñanza y Asuntos Culturales.
<b>AGNU</b>	Asamblea General de las Naciones Unidas.
<b>Art.</b>	Artículo.
<b>ATC</b>	Auto del Tribunal Constitucional.
<b>c.</b>	Contra.
<b>cap.</b>	Capítulo.
<b>CC</b>	Código Civil.
<b>CCPR</b>	Comité de la ONU para la Supervisión de los Derechos Civiles y Políticos.
<b>CdE</b>	Consejo de Europa.
<b>CEDH</b>	Convenio Europeo de Derechos Humanos.
<b>CDFUE</b>	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
<b>CE</b>	Constitución Española.
<b>cfr.</b>	Consultar.
<b>CHRD</b>	Canadian Human Rights Decisions.
<b>CHRR</b>	Canadian Human Rights Reporter.
<b>CoE</b>	Council of Europe.
<b>comp.</b>	Compilador.
<b>CRC</b>	Committee on the Rights of the Child.
<b>CSE</b>	Carta Social Europea.
<b>col.</b>	Colección.
<b>CIE</b>	Comisión Islámica de España.

<b>coord.</b>	Coordinador.
<b>DEI</b>	Declaración Eclesiástica de Idoneidad.
<b>dir.</b>	Director.
<b>DUDH</b>	Declaración Universal de Derechos Humanos.
<b>ECHR</b>	European Convention on Human Rights.
<b>ECHR</b>	European Court of Human Rights.
<b>ECRI</b>	Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia.
<b>ed.</b>	Editor/Edición.
<b>ET</b>	Estatuto de los Trabajadores.
<b>et al.</b>	Y otros.
<b>FCI</b>	Federación de Comunidades Israelitas.
<b>FEREDE</b>	Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España.
<b>FJ</b>	Fundamento Jurídico.
<b>FUSL</b>	Facultés Universitaires Saint-Louis (Bruxelles).
<b>LOLR</b>	Ley Orgánica de Libertad Religiosa.
<b>LOPD</b>	Ley Orgánica de Protección de Datos.
<b>nº</b>	Número.
<b>NU</b>	Naciones Unidas.
<b>OIT</b>	Organización Internacional del Trabajo.
<b>op. cit.</b>	Obra citada.
<b>p.</b>	Página.
<b>par.</b>	Parágrafo.
<b>pars.</b>	Parágrafos.
<b>pp.</b>	Páginas.
<b>PIDCP</b>	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<b>PIDESC</b>	Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales.
<b>Rec.</b>	Recurso.
<b>RGDCDEE</b>	Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado.
<b>SCC</b>	Supreme Court of Canada.
<b>SCR</b>	Supreme Court Reports.
<b>sec.</b>	Sección.
<b>ss.</b>	Siguientes.
<b>STC</b>	Sentencia del Tribunal Constitucional.
<b>STEDH</b>	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
<b>STJUE</b>	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
<b>STS</b>	Sentencia del Tribunal Supremo.
<b>TC</b>	Tribunal Constitucional.
<b>TDPQ</b>	Tribunal des droits de la personne de Québec.
<b>TEDH</b>	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
<b>TJUE</b>	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
<b>trad.</b>	Traducción.
<b>TS</b>	Tribunal Supremo.
<b>TSJ</b>	Tribunal Superior de Justicia.
<b>UCM</b>	Universidad Complutense de Madrid.
<b>UE</b>	Unión Europea.
<b>US</b>	United States.
<b>v.</b>	Versus.
<b>vid.</b>	videre.
<b>vol.</b>	volumen.